

# **FORHÅNDSBINDING AV KOMMUNENS REGULERINGSMYNDIGHET GJENNOM UTBYGGINGSAVTALE**

## **Masteroppgave JUR5030**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 605  
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17 558 ord

24.04.2012

## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b><u>PRESENTASJON AV OPPGAVEN.....</u></b>	<b><u>1</u></b>
<b>1.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>1</b>
1.1.1	Reelle problemstillinger.....	2
1.1.2	Problematiske utbyggingsavtaler .....	3
<b>1.2</b>	<b>Problemstillingen .....</b>	<b>4</b>
1.2.1	Systematikken i oppgaven .....	5
<b>1.3</b>	<b>Avgrensning.....</b>	<b>6</b>
1.3.1	Kun kommunens forpliktelser .....	6
1.3.2	Tilblivelsesmangler og prosessuelle feil.....	6
1.3.3	Begrensninger i utbyggingsavtalens materielle innhold .....	6
1.3.4	Reguleringsmyndighet.....	7
1.3.5	Kommunens adgang til å forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet .....	7
1.3.6	Andre ugyldighetsregler etter offentligrettslige regler.....	7
<b>1.4</b>	<b>Rettskilder .....</b>	<b>7</b>
<b>2</b>	<b><u>REGLENE ETTER PLAN- OG BYGNINGSLOVEN.....</u></b>	<b><u>8</u></b>
<b>2.1</b>	<b>Reglene for utbyggingsavtaler .....</b>	<b>8</b>
2.1.1	Behovet for lovregulering.....	9
2.1.2	Rettslige rammer for inngåelse av utbyggingsavtaler.....	10
2.1.3	Forutsetninger for inngåelse av utbyggingsavtaler .....	10
2.1.4	Reglene om saksbehandling .....	11
<b>2.2</b>	<b>Reglene for regulering .....</b>	<b>13</b>
2.2.1	Innledning.....	13
2.2.2	Kommunens planhierarki.....	15
2.2.3	Kommuneplanens arealdel.....	15
2.2.4	Reguleringsplan .....	16
<b>2.3</b>	<b>Når i arealplanprosessen kan kommunen inngå utbyggingsavtale? .....</b>	<b>17</b>
2.3.1	Oppsummering .....	20
<b>3</b>	<b><u>OFFENTLIGRETTSLIGE VIRKNINGER AV AVTALEN .....</u></b>	<b><u>20</u></b>
<b>3.1</b>	<b>Adgangen til å forhåndsbinde reguleringsmyndigheten .....</b>	<b>20</b>
3.1.1	Innledning .....	21
3.1.2	Forhåndsvedtak og avtalerettslig forhåndsbinding .....	21
3.1.3	Adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten .....	22

3.1.4	Oppsummering .....	28
<b>3.2</b>	<b>Utbyggingsavtale inngått før arealplanen er vedtatt .....</b>	<b>29</b>
3.2.1	Utbyggingsavtale inngått i strid med plan- og bygningsloven § 17-4 5. ledd. ....	29
<b>3.3</b>	<b>Kan avtaleinngåelse før planvedtak få konsekvenser for reguleringsplanens gyldighet? .....</b>	<b>30</b>
3.3.1	Oppsummering .....	32
3.3.2	Negativ og positiv binding av forvaltningsmyndigheten .....	33
<b>3.4</b>	<b>Utbyggingsavtale inngått etter at arealplanen er vedtatt.....</b>	<b>34</b>
3.4.1	Hvis utbyggingsavtalen er inngått i samsvar med plan- og bygningsloven § 17-4 5. ledd, kan likevel kommunens vedtak om inngåelsen av utbyggingsavtalen være ugyldig? .....	34
3.4.2	Bjørvika-utbyggingsavtalen.....	35
3.4.3	Oppsummering .....	37
<b>3.5</b>	<b>Kunne Bjørvika-utbyggingsavtalen blitt vedtatt på samme måte etter dagens lovverk? .....</b>	<b>37</b>
3.5.1	Plan- og bygningslovens formål .....	38
3.5.2	Fremmer Bjørvika-utbyggingsavtalen hjemmelslovs formål? .....	39
3.5.3	Oppsummering .....	44
<b><u>4</u></b>	<b><u>PRIVATRETTSLIGE VIRKNINGER AV UTBYGGINGSAVTALEN .....</u></b>	<b><u>45</u></b>
<b>4.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>45</b>
<b>4.2</b>	<b>Vil pbl § 17-4 5. ledd føre til ugyldig privatrettslig avtale?.....</b>	<b>46</b>
4.2.1	Avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger .....	49
<b>4.3</b>	<b>Kommunens erstatningsansvar .....</b>	<b>50</b>
<b><u>5</u></b>	<b><u>OPPSUMMERING.....</u></b>	<b><u>51</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>AVSLUTNING .....</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>KILDER OG LITTERATUR .....</u></b>	<b><u>57</u></b>

# 1 Presentasjon av oppgaven

## 1.1 Innledning

Når et område skal bygges ut er det nødvendig å bygge ut kommunal infrastruktur som vann og avløp, veier og annen teknisk infrastruktur. Bygging av nye skoler og barnehager kan også være nødvendig for å ivareta velferdsbehovene til de som flytter inn.

I Norge er det i utgangspunktet det offentlige som har finansierings- og utbyggingsansvaret for kommunal infrastruktur. Slik infrastruktur er svært kostbar. I Norge er det adgang til å kreve infrastrukturbidrag fra utbygger. Gjennom plan- og bygningslovens (pbl) opparbeidelsesplikt<sup>1</sup> og reguleringsplanens bestemmelser og rekkefølgekrav kan det gis pålegg og stilles vilkår for bygging som kan medføre at utbygger må bygge ut infrastrukturen for det offentlige.

En utbyggingsavtale er en avtale mellom kommunen og utbygger der det avtales hvordan et område skal bygges ut. Når et område skal bygges ut vil det ofte bli behov for å bygge ut kommunal infrastruktur som vann og avløp, veier og annen type infrastruktur. Utbyggingsavtalen inneholder ofte bestemmelser om hvem som skal bygge og finansiere slik infrastruktur. For å gjennomføre slike vilkår eller pålegg og finne en passende kostnads- og arbeidsfordeling mellom kommunen og utbygger kan det inngås en utbyggingsavtale etter kapittel 17 i pbl fra 2008.

Lovgivingen rundt utbyggingsavtaler er relativt ung, først i 2006 ble reglene for utbyggingsavtaler inntatt i loven<sup>2</sup>. Spørsmålet om forhåndsbinding gjennom utbyggingsavtaler har blitt grundig debattert i forarbeidene til loven. Likevel er det lite rettskilder som kan gi et direkte svar på mange av spørsmålene rundt forhåndsbinding av kommunens reguleringsmyndighet gjennom utbyggingsavtaler. Årsaken til dette er en uklar lovtekst og forarbeider som er uklare.

Forvaltningen kan binde opp sin forvaltning på ulike måter. En kommune kan for eksempel binde opp sin forvaltning positiv eller negativt. En positiv forhåndsbinding er

---

<sup>1</sup> Plan- og bygningsloven § 18-1

<sup>2</sup> Plan- og bygningsloven av 1985, kapittel XI-A tilføyd ved lov 27 mai 2005 nr. 30

når kommunen forplikter seg til å treffe et bestemt vedtak, f.eks. at kommunen forplikter seg til å vedta en bestemt reguleringsbestemmelse. Negativ binding er at kommunen forplikter seg ikke å gjøre et vedtak, f.eks. omregulere en eiendom.

Oppgaven vil analysere to tilfeller av reelt inngåtte utbyggingsavtaler: Sande-utbyggingsavtalen (Sande-saken)<sup>3</sup> i Sande kommune fra 2005 og Bjørvika-utbyggingsavtalen fra 2003 i Oslo kommune. Begge tilfellene reiser spørsmål om kommunen hadde adgang til å inngå en slik utbyggingsavtale. I Sande-saken vil det også stilles spørsmål om hele reguleringsplanen må kjennes ugyldig som følge av feil saksbehandling.

Oppgaven vil komme inn på privatrettslige konsekvenser for utbyggingsavtaler. En forhåndsbinding som ikke kan sanksjoneres av løftemottager vil være ganske ufarlig for kommunen å inngå, da står forvaltningen reelt sett fritt. Derimot vil en forhåndsbinding der løftemottager kan sanksjonere f.eks. kreve erstatning om utbyggingsavtalen utgjøre en reell binding av forvaltningsmyndigheten. En sanksjonering kan være at løftemottager, her utbygger kan kreve erstatning av kommunen.

### 1.1.1 Reelle problemstillinger

Under dette punktet vil det bli redegjort for noen av de reelle problemstillingene utbyggere møter i hverdagen som gjør at de har en interesse av å inngå en utbyggingsavtale på et så tidlig tidspunkt som mulig.

Utbyggere vil ha stor interesse av å få vite hvordan en kommune vil håndtere reguleringsspørsmål. Forutsigbarhet rundt reguleringsprosessen kan ofte være helt avgjørende for om noen ønsker å gjennomføre et prosjekt eller ikke.

I utgangspunktet har kommunen og det offentlige ansvaret for infrastrukturen. Gjennom opparbeidelsesreglene i pbl § 18-1 kan utbygger likevel pålegges et ansvar for infrastrukturtiltak.

Det er hensiktsmessig at gjennomføringen av disse infrastrukturtiltakene avtales gjennom en utbyggingsavtale før bygging starter. Det ville blitt kaotisk dersom det offentlige skulle inn i et stort bygeområde med sine entreprenører på samme tid som

---

<sup>3</sup> Utbyggingsavtale mellom Nordre Jarsberg Brygge AS og Sande kommune om utbygging av Nordre Jarsberg Brygge fra 2005

utbygger opererte der. I store byggeprosjekter er logistikken nøye forberedt. Ved f.eks. utbyggingen av Holmenkollen skianlegg var det over 800 kontrakter med forskjellige entreprenører og underentreprenører som alle hadde sin oppgave til sin tid<sup>4</sup>. En enkelt forsinkelse hos en av disse avtalene kan potensielt skape et ras av andre forsinkelser og medføre store merkostnader.

I en utbyggingsavtale kan kommunen og utbygger avtale hvem som skal være ansvarlig for tiltakene og finansieringen av tiltakene. I mange utbyggingsavtaler tar utbygger på seg gjennomføringsansvaret for alle infrastrukturtiltak. Tiltakenes kostnadsfordeling mellom kommune og utbygger blir også avtalt i utbyggingsavtalen. Dermed får man klare ansvarsforhold og slipper å ha flere forskjellige byggherrer på samme byggeområde.

Byggeprosjekter har blitt mer og mer kompliserte, både i forhold til de prosessuelle reglene i lovverket<sup>5</sup> og i forhold til de krav byggene<sup>6</sup> må tilfredsstille. Utviklingen går mot en økende grad av spesialisering av byggentreprenørene i tråd med teknologisk utvikling. Dette er ofte kostnadsdrivende.

I dag regner man med at om lag 10 % av investeringen vil gå med til prosjekteringskostnader. Dette er alt fra kostnader til å prosjektere byggene, arkitekter og ingeniører til gebyr til Plan- og bygningsetaten. Utfordringen for mange utbyggere er at kommunen ofte vil ha prosjekter som har kommet langt i prosjekteringen for å kunne si ja eller nei til prosjektet gjennom en detaljregulering. På det tidspunktet kommunestyret skal godkjenne, forkaste eller endre på et reguleringsforslag, har utbygger allerede pådratt seg store kostnader.

For å redusere utbyggers risiko er det ofte et ønske at kommunen gjennom bindende utsagn, vedtak eller avtale avklarer hva slags regulering utbygger kan regne med. En utbyggingsavtale *kan* inneholde slike bestemmelser.

### 1.1.2 Problematiske utbyggingsavtaler

Det er eksempler på at en utbyggingsavtale har vært et avgjørende instrument for å kunne skape en helhetlig arealutvikling. Problemet oppstår når utbyggingsavtalen blir

---

<sup>4</sup> Metier: Holmenkollen nasjonalanlegg. Kvalitetssikring av prosjekt 14. aug 2009

<sup>5</sup> Historisk utvikling av plan- og bygningsloven, se punkt 2.2.1

<sup>6</sup> Den tekniske forskriften, TEK10, trådte i kraft 1. juli 2010

inngått før reguleringsplanen. Dette kan føre til store konsekvenser dersom reguleringsplanen blir annerledes enn det utbyggingsavtalen legger opp til.

Sande kommune inngikk i 2005 en utbyggingsavtale med en utbygger. Avtalen gjaldt et større utbyggingsprosjekt i kommunen og ble inngått på bakgrunn av et privat reguleringsforslag som utbygger hadde utarbeidet for området. Kommunen inngikk dermed utbyggingsavtalen før reguleringsplanen ble vedtatt. I utbyggingsavtalen ble det avtalt at det kan utløses erstatningsansvar for kommunen dersom det vedtas endringer i reguleringsplanen.<sup>7 8</sup>

Bjørvika-utbyggingen i Oslo er en annen type problemstilling. I den saken har kommunen inngått utbyggingsavtalen etter reguleringsplanen, men før detaljert reguleringsplan og bebyggelsesplaner<sup>9</sup>. Utbyggingsavtalen<sup>10</sup> ble inngått i samme bystyremøte som reguleringsplanen for området ble vedtatt. Utbyggingsavtalen inneholdt bestemmelser der kommunen kunne risikere å betale opp mot 50 millioner kr dersom kommunen ønsket å redusere utbyggingen når detaljerte reguleringsplaner og bebyggelsesplaner senere skulle behandles. Utbyggingsavtalen ble i tillegg inngått 15 dager før kommunevalget.<sup>11</sup> Et av hensynene mot forhåndbinding av forvaltningsmyndigheten er nettopp å forhindre at dagens kommunestyre kan binde opp de neste generasjoner av kommunestyrer.

## 1.2 Problemstillingen

Temaet for oppgaven er forhåndbinding av kommunens reguleringsmyndighet gjennom utbyggingsavtaler.

For å belyse dette temaet er det flere problemstillinger som oppgaven må besvare.

---

<sup>7</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

<sup>8</sup> Utbyggingsavtale mellom Nordre Jarlsberg Brygge AS og Sande kommune om utbygging av Nordre Jarlsberg Brygge fra 2005

<sup>9</sup> BYUTVIKLING I BJØRVIKA - BISPEVIKA - LOHAVN - REGULERINGSPLAN - SENTRUM, BYDEL GAMLE OSLO OG BYDEL EKEBERG-BEKKELAGET - BYRÅDSAK 138 AV 22.05.2003

<sup>10</sup> Byrådssak 207/03 BJØRVIKA - UTBYGGINGSAVTALE

<sup>11</sup> Oslo kommune, bstyresak 247 behandlet 27.08.03

Problemstillingene oppgaven skal besvare kan oppsummeres slik:

- Når i arealplanprosessen kan kommunen inngå en utbyggingsavtale?
- Hva blir den offentligrettslige rettsvirkningen av inngått utbyggingsavtale i strid med pbl § 17-4 5. ledd?
- Om utbyggingsavtale er inngått i samsvar med pbl § 17-4 5. ledd, i hvilken grad kan kommunen forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet?

En sideproblemstilling blir å belyse kort i forhold til hvilke private rettsvirkninger en utbyggingsavtale kan få, til tross for at den er offentligrettslig ugyldig.

### 1.2.1 Systematikken i oppgaven

Oppgavens systematikk er å bruke reelt inngåtte utbyggingsavtaler for å få frem de ulike problemstillingene som kan oppstå ved en utbyggingsavtale. Ved å anvende en slik metode får også reelle hensyn kommet godt frem.

Pbl § 17-4 5. ledd lyder: «*Kommunen kan ikke inngå bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt*».

Det vil bli foretatt en vurdering av når i arealplanprosessen kommunen kan inngå en utbyggingsavtale. For å gjøre en slik vurdering vil det først være nødvendig å redegjøre for reglene for utbyggingsavtaler og regulering i pbl. Problemstillingen blir belyst i punkt 2.3.

Det vil også bli gitt en redegjørelse for de offentligrettslige reglene for forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet.

I vurderingen av Sande kommune-saken vil det bli belyst hvilke offentligrettslige rettskonsekvenser en utbyggingsavtale inngått i strid med § 17-4 5. ledd vil få.

Bjørvika-utbyggingen vil bli vurdert opp mot de offentligrettslige reglene for forhåndsbinding av forvaltningsmyndigheten. Ettersom at pbl er endret vesentlig fra inngåelsen av Bjørvika- utbyggingsavtalen i 2003, vil det også vurderes om en avtale lik Bjørvika-utbyggingsavtalen kan bli inngått etter dagens pbl.

En sideproblemstilling vil bli de privatrettslige konsekvensene av forhåndsbinding av reguleringsmyndighet gjennom utbyggingsavtaler.



### 1.3 Avgrensning

#### 1.3.1 Kun kommunens forpliktelser

I denne oppgaven vil problemstillingen kun knytte seg til kommunens offentligrettslige forpliktelser i utbyggingsavtalen. Kommunen er i en spesiell stilling når det gjelder inngåelser av avtaler. Den må både følge de offentligrettslige reglene, samtidig som mange av avtalene de inngår er privatrettslige. Derfor vil det bli foretatt en kort vurdering av usikkerheten rundt de privatrettslige konsekvensene av utbyggingsavtaler. Utbyggerens forpliktelser i en utbyggingsavtale er kun privatrettslige og blir ikke berørt.

Oppgaven vil heller ikke drøfte spørsmål om omgjøring av vedtak. Det er imidlertid en diskusjon pågående om forvaltningsavtaler kan omgjøres etter fvl § 35 eller lempes/ugyldiggjøres gjennom avtaleloven § 36<sup>12</sup>. Diskusjonen er interessant, men faller utenfor temaet i oppgaven. Om kommunen omgjør vedtaket eller det er ugyldig vil for så vidt ha lite å si i forhold til kommunens privatrettslige forpliktelser. Avtalen vil uansett ikke kunne holdes fra kommunens side.

#### 1.3.2 Tilblivelsesmangler og prosessuelle feil

Det legges til grunn i oppgaven at utbyggingsavtalene er gjensidig forpliktende for kommunen og utbygger. En utbyggingsavtale er en frivillig disposisjon fra to parter og oppgaven vil ikke gå inn på tilblivelsesmangler og prosessuelle feil utover det som følger av problemstillingen i oppgaven.

#### 1.3.3 Begrensninger i utbyggingsavtalens materielle innhold

Utbyggingsavtalens materielle innhold er begrenset av pbl § 17-3 og vilkårs- og myndighetsmisbrukslæren. Oppgaven vil ikke gå videre inn på de begrensninger loven

---

<sup>12</sup> Jussens venner nr. 2 2004. Jon Greger Aulstad *Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak*

gir på det materielle innholdet i utbyggingsavtale, som for eksempel forbudet mot å stille krav om at utbygger skal bygge ut sosial infrastruktur<sup>13</sup>.

#### 1.3.4 Reguleringsmyndighet

Det er kommunens rolle som både avtalepart og reguleringsmyndighet som er gjenstand for drøftelse i oppgaven. Kommunen har også flere myndighetsoppgaver, som å gi byggetillatelse eller kontrollere byggene, dette vil oppgaven ikke gå inn på.

#### 1.3.5 Kommunens adgang til å forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet

Oppgaven vil kun se på kommunens adgang til å forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet gjennom en utbyggingsavtale. Spørsmål som at kommunen f.eks. binder opp sin bevilgningsmyndighet vil ikke bli gjenstand for drøftelse.

#### 1.3.6 Andre ugyldighetsregler etter offentligrettslige regler

Oppgaven vil kun drøfte ugyldighet ut ifra reglene om adgangen til forhåndsbinding av forvaltningsvedtak og de saksbehandlingsregler som følger av pbls bestemmelser om arealplaner og utbyggingsavtaler.

Oppgaven vil ikke gå nærmere inn på andre ugyldighetsregler, som myndighetsmisbruk eller personellkompetanseregler. Oppgaven vil ta utgangspunkt i at det ikke foreligger myndighetsmisbruk og personell kompetansemangler som f.eks. at det er rådmannen og ikke kommunestyret som har inngått utbyggingsavtalen i strid med delegasjonsbestemmelsene i kommunen.

Andre ugyldighetsgrunner, som manglende habilitet vil ikke bli drøftet, heller ikke privatrettslige ugyldighetsregler jf. avtl § 33 som svik, tvang mm.

### 1.4 Rettskilder

#### **Plan- og bygningsretten**

Den sentrale rettskilden for plan- og bygningsretten er plan- og bygningsloven av 27. juni 2008 nr 71 som har avløst plan- og bygningsloven av 1985. Forarbeidene<sup>14</sup> vil ha

---

<sup>13</sup> Byggesaksforskriften § 18-1

<sup>14</sup> Ot.prp nr 22 (2004-2005), NOU 2003:24, NOU 2003:14

en svært sentral rolle i forhold til den nye loven. Spesielt siden det mangler rettspraksis direkte knyttet til spørsmålene om utbyggingsavtale.

Av juridisk litteratur er Odd Jarle Pedersen m flere *Plan- og bygningsrett 2. utgave* et sentralt verk innenfor plan- og bygningsretten. De fem forfatterne har stor faglig tyngde innenfor feltet<sup>15</sup>. Tidligere utgaver har blitt flittig blitt vist til av Høyesterett.

Rundskriv H-5/02<sup>16</sup> fra departementet har også rettskildebetydning som etterarbeider.

## **Forvaltningsretten**

Den sentrale rettskilden innenfor forvaltningsretten er forvaltningsloven (fvl). I denne oppgaven er det lagt stor vekt på avgjørelser i Høyesterett siden adgangen til forhåndsbinding har blitt utformet gjennom rettspraksis og er ulovfestet.

Av juridisk teori er det Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett*<sup>17</sup> som har stor rettskildebetydning om emnet. Høyesterett har vist til bøkene en rekke ganger. Forfatterne har en ubestridt faglig tyngde.

## **2 Reglene etter plan- og bygningsloven**

### **2.1 Reglene for utbyggingsavtaler**

For å kunne besvare spørsmålet om utbyggingsavtaler kan forhåndsbinde kommunens forvaltningsmyndighet, vil det gis en fyldig redegjørelse for reglene om utbyggingsavtaler.

Utbyggingsavtaler er stadig hyppigere brukt i kommune-Norge i forbindelse med større reguleringssaker<sup>18</sup>. Istedenfor at man ensidig setter krav fra kommunen om opparbeidelse av vei, velges ofte en avtale der ytelsene mellom utbygger og kommunen

---

<sup>15</sup> O. J. Pedersen, P. Sandvik, H. Skaaraas, S.Ness og A.Os *Plan- og bygningsrett 2. utgave*, Del 1 Planlegging og ekspropriasjon. Oslo 2010.

<sup>16</sup> Miljøverndepartementet og Kommunaldepartementet: Rundskriv H-5/02 Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i tilknytning til plan- og byggesaksbehandling m.v.

<sup>17</sup> Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* 6. utgave 1997, Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* 9. utgave 2010

<sup>18</sup> Bygningslovsutvalgets faktaundersøkelse, Vedlegg 1 til NOU 2003:24

fastsettes. Det er først i de senere årene at utbyggingsavtaler har vært gjennom omfattende endringer i lovverket.

### 2.1.1 Behovet for lovregulering

Utbyggingsavtaler hadde blitt praktisert rundt om i kommunene i lang tid før lovgiver begynte å bli oppmerksom på de problemstillinger dette medførte.

I rundskriv H-5/02 KRD (fra Kommunal- og regionaldepartementet) ble det problematisert rundt datidens nye retning for utbyggingsavtaler. KRD viste til at flere kommuner har inngått utbyggingsavtaler langt utenfor det som fulgte naturlig av opparbeidelsesplikten og tilknytningsplikten. KRD skriver i H-5/02 *«I de senere år er utbyggingsavtaler i en helt annen utstrekning også brukt til å dekke kommunens utgifter til andre kommunale tiltak, blant annet infrastruktur utenfor virkeområdet til § 67, som barnehager, sykehjem, skoler mv. – såkalt «sosial infrastruktur».*

På dette tidspunktet var det ingen direkte lovregulering av utbyggingsavtaler. KRD argumenterer i H-5/02 s. 8 for at det må være pbl som er utgangspunktet for vurdering av den saklige avgrensingen av utbyggingsavtaler.

I 2003 ble bygningslovutvalget som skulle legge frem en utredning for ny plan- og bygningslov av regjeringen bedt om å fremme en delutredning med forslag til lovregulering av utbyggingsavtaler. Bygningslovutvalget overleverte den 21. oktober 2003 NOU 2003:24 *«Mer effektiv bygningslovgivning. Grunnprinsipper og veivalg. Utbyggingsavtaler. Bygningslovutvalgets første delutredning»*. Bygningslovutvalget beskrev utbyggingsavtaler som et positivt virkemiddel for gjennomføring av både kommuneplaner og reguleringsplaner. Samtidig viste utvalget til at utbyggingsavtaler kan føre til bedre forutsigbarhet for utbygger. Likevel pekte bygningslovutvalget på at den praksisen som hadde utviklet seg reiste mange vanskelige spørsmål av politisk, økonomisk og juridisk art.<sup>19</sup>

Bygningslovutvalget foreslo et eget kapittel i pbl som etter noen endringer ble vedtatt i Stortinget og inntatt i pbl i 2005. Etter revideringen av pbl i 2008 er utbyggingsavtaler hjemlet i pbl kapittel 17.

---

<sup>19</sup> NOU 2003:24 s. 22

### 2.1.2 Rettslige rammer for inngåelse av utbyggingsavtaler

Legaldefinisjonen av utbyggingsavtaler er inntatt i pbl § 17-1: *«Med utbyggingsavtaler menes en avtale mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område, som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet etter denne lov og som gjelder gjennomføring av kommunal arealplan»*. Denne legaldefinisjonen snevrer inn det relativt vide begrepet som *utbyggingsavtale* kan forstås som i den daglige tale.

Bestemmelsen gjelder videre bare avtaler som inngås med grunnlag i kommunens myndighet etter pbl. En utbyggingsavtale må dermed knyttes opp til kommunens planmyndighet etter pbl. Dette kan gjelde enten en arealplan eller en byggesak.

Bygningslovutvalget kommenterer denne bestemmelsen slik i: *«I særmotivene er det til denne bestemmelsen [pbl § 17-1] bl.a. uttalt at kommunens planmyndighet og at det derfor også dreier seg om utøvelse av offentlig myndighet»*.<sup>20</sup>

Om kommunen er grunneier og skal anskaffe en utbygging, vil dette ikke være en utbyggingsavtale i lovens forstand. Dette gjelder også OPS-avtaler (offentlig-privat-samarbeid). Da opptrer kommunen som oppdragsgiver<sup>21</sup>.

### 2.1.3 Forutsetninger for inngåelse av utbyggingsavtaler

Pbl § 17-2 1. ledd regulerer hva som er forutsetningen for bruk av utbyggingsavtale: *«Utbyggingsavtaler må ha grunnlag i kommunale vedtak fattet av kommunestyret selv som angir i hvilke tilfeller utbyggingsavtalen er en forutsetning for utbygging, og som synliggjør kommunens forventninger til avtalen»*.

Formålet med bestemmelsen er å synliggjøre kommunens forutsetninger og sikre utbygger forutberegnelighet ved at utbygger på et tidlig tidspunkt har en mulighet til å sette seg inn i hvilke eventuelle krav kommunen setter for å tillate bygging av området.

Loven legger ned en delegasjonssperre gjennom ordene: *«kommunestyret selv»*, det betyr at det er kommunestyret selv som må fatte vedtaket etter § 17-2.

Vedtakskompetansen kan ikke delegeres til formannskapet, byrådet, komité eller administrasjonen. Dette gjelder likevel selve prinsippvedtaket og legger ikke føringer for hvordan vedtakskompetansen til å inngå selve utbyggingsavtalen stiller seg. Det

---

<sup>20</sup> NOU 2003:24 s. 166

<sup>21</sup> Innjord, Frode. *Plan og bygningsloven med kommentarer bind 1*. Gyldendal, 2010 s. 463

betyr at en bindende utbyggingsavtale *kan* inngås av administrasjonen. Her gjelder kommunelovens vanlige delegasjonsregler.<sup>22</sup>

Pbl § 17-2 legger også føringer for kommunens prinsippvedtak jf. § 17-2: «*i hvilke tilfeller utbyggingsavtale er en forutsetning for utbygging*». Dette kan gjøres ved å knytte kravet om utbyggingsavtale til konkrete områder av kommunen eller knytte det til bestemte former for utbygging. En avtale kan f.eks. si noe om at ved oppføring av industribygg skal man løse vei- og vanntilknytning gjennom utbyggingsavtaler, eller i konkrete områder av kommunen skal man søke utbyggingsavtaler for å avtale leilighetsfordeling eller opparbeidelse av grøntområder. Nes kommune i Akershus har eksempelvis vedtatt en forskrift for utbyggingsavtaler som sier at: «*Ved utbygginger i Nes kommune som overstiger 10 boliger/boenheter eller en investering på 20 mill. kr over 3 år, skal det inngås utbyggingsavtale med Nes kommune*».<sup>23</sup>

Videre sier loven at kommunen i vedtaket må: «*synliggjøre kommunens forventninger til avtalen*». Kommunen kan med andre ord ikke bare vedta at man skal ha en utbyggingsavtale, kommunen må vise hvilke elementer kommunen forventer at en eventuell avtale skal omfatte.

§17-2 annet ledd fastslår at kommunen plikter å legge til rette for medvirkning av berørte grupper og interessenter. Bestemmelsen legger opp til at kommunen må gjøre utkast til vedtak kjent for berørte grupper og interessenter før vedtaket treffes. Formålet er hensynet til at interesserte og berørte skal få en mulighet til å få informasjon og komme med sine synspunkter, innvendinger og forslag.<sup>24</sup>

#### 2.1.4 Reglene om saksbehandling

Pbl § 17-4 inneholder bestemmelsene om saksbehandling særskilt for utbyggingsavtaler:

*«Kommunen skal kunngjøre oppstart av forhandlinger om utbyggingsavtale.*

*Dersom fremforhandlet forslag til utbyggingsavtale bygger på kompetansen i §17-3 andre eller tredje ledd, skal forslaget legges ut til offentlig ettersyn med 30 dagers frist*

---

<sup>22</sup> Innjord, Frode. *Plan og bygningsloven med kommentarer bind 1*. Gyldendal, 2010 s.464

<sup>23</sup> Vedtekter til bygningsloven for Nes kommune § 1 <http://www.lovdatab.no/for/lf/bv/tv-nes-akershus-009.html>

<sup>24</sup> NOU 2003:24 s.22

*for merknader.*

*Når utbyggingsavtale er inngått, skal denne kunngjøres.*

*Reglene i første og tredje ledd gjelder tilsvarende ved eventuelle endringer i utbyggingsavtalen.*

*Kommunen kan ikke inngå bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt».*

Bestemmelsen følger opp de føringene hovedprinsippene i pbl trekker opp i forhold til ivaretagelse av tredjemanns interesser. Om bakgrunnen for forslaget sies det i Ot.prp. nr 22 med henvisning til forslagene fra Planlovutvalget og Bygningslovutvalget:

*«Utvalgene legger til grunn at det er viktig med åpenhet rundt avtaleprosessen, og det legges opp til innflytelsesmuligheter for alle som blir berørt av utbyggingen. Utvalgene er også opptatt av at avtalene ikke skal foregripe de brede prosesser og vurderinger som gjelder for arealplaner etter loven.<sup>25</sup>»*

Det legges opp til en dobbelt sikring mot at utbyggingsavtaler skal erstatte de åpne prosessene rundt arealplanleggingen. Først er loven utformet slik at man ikke kan gå inn i en bindende utbyggingsavtale før arealplanen for området er vedtatt, deretter vil selve saksbehandlingsprosessen for inngåelse av utbyggingsavtaler sørge for åpenhet.

Pbl § 17-4 første ledd bestemmer at kommunen ved oppstart av forhandlinger om utbyggingsavtale skal kunngjøre dette. Er de ytelser som er avtalt i utbyggingsavtalen forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til f.eks. reguleringsplanen, trenger man ikke legge den ut til offentlig ettersyn. Da holder det med reguleringsprosessen og gjeldende regler for å ivareta hensynet til tredjemanns interesse. Når utbyggingsavtalen er inngått av kompetent organ i kommunen, skal den kunngjøres.

Utgangspunktet er at utbyggingsavtaler er offentlige, men det er likevel et unntak i Byggesaksforskriften § 18-2: *«For utbyggingsavtaler hvor den private parts forpliktelser etter pbl § 17-3 andre til fjerde ledd i det alt vesentlige omfattes av plan- og bygningsloven § 18-1 og § 18-2, kan kommunen unnta fra kravene i plan- og bygningsloven § 17-2 og § 17-4».* Utbyggingsavtaler der forpliktelsen er å gjennomføre det pbl pålegger utbygger i pbl §§ 18-1 og 18-2 trenger ikke å være offentlig. Dette er

---

<sup>25</sup> Ot.prp nr 22 s. 35

forpliktelser som loven pålegger utbygger og det er ikke et behov for offentlighet i hvordan utbygger rent praktisk vil gjennomføre arbeidet. Loven setter her kriterier for kvalitet og det resultat som kan kreves<sup>26</sup>.

Pbl følger i hovedsak saksbehandlingsreglene i fvl med mindre det er uttrykt noe annet i pbl. Det følger av ordene «*særlige bestemmelser*» i pbl § 19 1. ledd: «*Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven*». I pbl § 17-5 slår loven fast at utbyggingsavtaler ikke kan påklages.

Loven legger altså ikke opp en klagemulighet på selve utbyggingsavtalen. Dette følger av at vedtaket ikke er et enkeltvedtak, men et vedtak gjort gjennom kommunens autonomi. Tredjemenns interesse er ment godt ivaretatt i prosessen som skal lede frem til en utbyggingsavtale gjennom § 17-4<sup>27</sup>.

Utbyggingsavtaler er også regulert i forskrifter. Disse er vedtatt med hjemmel i § 17-6 som åpner for at departementet kan gi ytterligere regler om krav til avtaleinngåelse, typer tiltak som kan omfattes og hva som ikke kan omfattes av en utbyggingsavtale. Videre kan man gi forskrifter om hvordan kriteriene i loven skal anvendes og hvordan avtalevilkårene skal gjennomføres. Departementet har foreløpig gitt to bestemmelser gjennom Byggesaksforskriften § 18-1<sup>28</sup>, som f.eks. slår fast forbudet mot å innta sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler. Kommunen har ikke hjemmel til selv å dispensere fra bestemmelsene om utbyggingsavtaler. Det følger av pbl § 17-7, men departementet kan gi samtykke til å fravike reglene i kapittel 17 dersom samfunnsmessige interesser tilsier dette.

## 2.2 Reglene for regulering

### 2.2.1 Innledning

Oppgavens tema er forhåndsbinding av reguleringsmyndigheten til kommunen gjennom en utbyggingsavtale. For å kunne drøfte denne problemstillingen vil jeg gi en oversikt over det kommunale planhierarkiet. Kommunens arealplan, områderegulering og detaljregulering.

---

<sup>26</sup> Plan- og bygningsloven §§ 18-1 18-2

<sup>27</sup> Innjord, Frode. *Plan og bygningsloven med kommentarer bind 1*. Gyldendal, 2010 s. 473

<sup>28</sup> 2010-03-26 nr 488: Forskrift om byggesak (byggesaksforskriften) §§ 18-1 18-2



For at det offentlige kan sette begrensninger på den privates eiendom kreves det hjemmel i lov. Det følger av legalitetsprinsippet. Utgangspunktet er at man kan gjøre hva man vil på sin egen eiendom. Man så likevel tidlig behovet for mer helhetlig behov for planlegging og ikke minst sikkerhet i forhold til hvordan folk utviklet sine eiendommer. Rettsutviklingen går helt tilbake til 1700 f.kr i Hammurabis lov, der det var dødsstraff for å bygge hus som dreper eieren. Tilsvarende regel har man i pbl § 32-8 a), selv om straffeutmålingen er noe forskjellig. Etter den store bybrannen i Roma i år 64 e. Kr beordret keiser Nero større avstander mellom byggene. Da ble alle templer og offentlige bygninger liggende fritt. Det var likevel grekerne som var først ute med byplanlegging. De lagde byplaner etter sjakkbrettprinsippet. Romerne kopierte dette og anla byer med torg som et sentrum. Gatene i Norge ble mer eller mindre tilfeldige og vanskelig å komme seg frem i. Da Oslo brant natten til den 17. august 1624, besluttet Christian den fjerde å flytte byen under Akershus festning. Kvartalene der ble rektangulære med brede og rettlinjede gater. Dette kalles i dag Kvadraturen<sup>29</sup>.

I 1827 kom det en lov som fikk store følger for norsk plan- og bygningsrett. Utkastet hadde fem lover og alle skulle ivareta sikkerhet og forebygge sykdom gjennom å lette slokning, forhindre spredning av ild, sikre beboerne lys og luft og den skulle ikke fornærme publikums estetiske sans. Bergen og Trondheim fikk sine lover i 1830 og 1845. Den første pbl som gjaldt hele Norge kom først i 1965<sup>30</sup>.

Etter hvert har man sett behovet for omfattende planleggingsverktøy for å kunne løse samfunnets oppgaver, og utviklingen av rettsområdet er stadig i endring. Pbl ble revidert og en ny lov kom 27. juni 2008, den trådte i kraft så sent som i juni 2010. I takt med samfunnsutviklingen har også pbl fått endrede formålsbestemmelser og hensynene til tredjemann og miljø har vokst frem som stadig mer fremtredende hensyn.

Pbl gir hjemmel for det offentlige å gjøre beføyelser på privates eiendom, men den setter også klare begrensninger på hva det offentlige faktisk kan gjøre av beføyelser. Loven er en ren offentligrettslig lov i den forstand at den kun regulerer offentlig forvaltningsmyndighet til å treffe avgjørelser som er bestemmende for rettigheter og plikter til innbyggerne.

---

<sup>29</sup> Odd J. Pedersen m.fl. Plan- og bygningsrett 2. utg. Universitetsforlag, Oslo 2010 s. 39

<sup>30</sup> Odd J. Pedersen m.fl. Plan- og bygningsrett 2. utg. Universitetsforlag, Oslo 2010 s. 40

### 2.2.2 Kommunens planhierarki

Kommunens planhierarki består av kommuneplanens arealplan, områderegulering og detaljregulering i denne rekkefølgen i planhierarkiet. Arealplanen er overordnet for hele eller deler av kommunen. Områdereguleringen gjelder for et større område, mens detaljreguleringen er den som gir grunnlag for byggetillatelse i de aller fleste tilfeller. Er det motstrid mellom planene er det den sist vedtatte planen som gjelder. Det gis følgende en kort redegjørelse for de ulike nivåene i planhierarkiet.

### 2.2.3 Kommuneplanens arealdel

Pbl kapittel 11 regulerer kommuneplan. Kommuneplanen er den øverste i kommunens planhierarki og legger hovedføringene for arealformålene i hele kommunen.

Kommuneplanen skal ha tre deler jf. § 11-1; en samfunnsdel, en handlingsdel og en arealdel. Jeg vil i det følgende kun gå inn på arealdelen.

Etter pbl § 11-3 skal alle kommuner ha en kommuneplan med arealdel for hele kommunen. I denne planen skal sammenhengen mellom framtidig samfunnsutvikling og arealbruk synliggjøres. Det kan også utarbeides arealplaner for deler av kommunen.

Kommuneplanens arealdel skal gi en oversikt over hovedtrekkene i arealdisponeringen til kommunen; hvilke områder som er aktuelle for bebyggelse og anlegg, samferdselsanlegg eller grøntstruktur.

Kommuneplanens arealdel er bindende for private på den måte at man ikke kan få tiltak godkjent dersom de er i strid med arealformålet eller andre bestemmelser i planen. Også forslag til reguleringsplaner fra private som ikke er i tråd med kommuneplanen kan avvises av administrasjonen uten å legges frem for politisk behandling.

Kommunen kan gi generelle bestemmelser til arealdelen for deler eller hele kommunen, jf. pbl § 11-9. I forhold til utbyggingsavtaler kan kommunen bestemme innholdet i utbyggingsavtaler, jf. pbl § 17-2, omtalt i punkt 2.1.3

Pbl § 12-3 stiller krav om reguleringsplan for større bygge- og anleggstiltak og tiltak som kan få «*vesentlige virkninger for miljø eller samfunn*». Kommunen kan ikke gi tillatelse etter § 20-1 jf. § 12-4 for slike tiltak uten at det foreligger en reguleringsplan. I følge høyesterettsdom inntatt i Rt. 2009 s. 354 må denne bestemmelsen tolkes

utvidende. Det er når tiltaket i seg selv eller konsekvenser av tiltaket medfører vesentlige endringer i det bestående miljøet at tiltaket må gjennom en reguleringsplan. Tiltaket kan også utløse behov for andre tiltak som samlet gir en større virkning slik at det må gjennom en reguleringsplan<sup>31</sup>.

Typiske eksempler på tiltak som i seg selv er miljøvennlige, men som kan gi konsekvenser for miljøet, er kollektivutbygging der T-bane- eller jernbanetraseen går over et område med flott natur eller sårbare vekster. Grensen for reguleringsplikten vil variere sterkt fra kommune til kommune. Tiltak som i seg selv ikke er så store kan likevel være et større bygge- og anleggstiltak når det plasseres i sårbare områder der man har kulturminnevern, naturvern, bevaringsverdige bygninger eller friområder. I en by som Oslo er det mange slike områder og de ligger svært tett. Å plassere et bygg i Oslo kommune vil nærmest alltid utløse en reguleringsplikt, da det vil berøre de ovennevnte hensynene enten direkte eller indirekte gjennom siktlinjer fra eller til f.eks. bevaringsverdige eller fredede bygninger.

Selv om det ikke er tale om større tiltak, kan krav om reguleringsplan bestemmes etter en konkret vurdering av de stedlige forhold følge av bestemmelsene i pbl § 11-9 nr 1 og § 11-11 nr 2 til kommuneplanens arealdel.

#### 2.2.4 Reguleringsplan

En reguleringsplan er en geografisk avgrenset plan med bestemmelser som angir bruk, vern og utforming av arealer og fysiske omgivelser, jf. pbl § 12-1 1. ledd.

Det er to typer reguleringsplaner; områderegulering etter § 12-2 eller detaljregulering etter § 12-3. Pbl § 12-1 3. ledd krever reguleringsplan for større tiltak. Loven og forarbeidene sier ingen ting om det er områderegulering eller detaljregulering som kreves. Fra juridisk teori hevder Odd Jarle Pedersen at det må legges til grunn at det kreves detaljregulering med mindre det i kommuneplanen er krevd områderegulering gjennom kommuneplanens arealdel<sup>32</sup>.

Områderegulering er et styringsinstrument som kommunen kan benytte til å avklare arealbruken innenfor et større område, mens en detaljregulering må ta stilling til de

---

<sup>31</sup> Rt. 2009 s. 354 avsnitt 45

<sup>32</sup> Odd J. Pedersen m.fl. Plan- og bygningsrett 2. utg. Universitetsforlag, Oslo 2010 s. 281

konkrete detaljene som høyder på bygg, avstanden mellom byggene og lignende. Typisk kan det bestemmes at mønehøyden ikke kan overstige ni meter innenfor en områderegulering. Det tidligere systemet med bebyggelsesplan i pbl av 1985 § 28-2 er ikke videreført i den nye pbl av 2008. Forutsetningen fra lovgivers side er at det nye systemet med områderegulering og detaljregulering skal gi minst like gode muligheter for både grovmasket og detaljert arealstyring som det tidligere systemet med kommunedelplan, reguleringsplan og bebyggelsesplan<sup>33</sup>.

En reguleringsplan består i følge pbl § 12-1 av et arealplankart med tilhørende bestemmelser om bruk, vern, utforming av arealer og fysiske omgivelser. Det gis konkrete reguleringsbestemmelser, jf. pbl § 12-7 for å presisere reguleringsplanen. Disse reguleringsbestemmelsene kan være temmelig konkrete og detaljerte. Det er ikke uvanlig at reguleringsbestemmelser definerer f.eks. gesims- og mønehøyder så detaljert at desimeter og centimeter ofte blir benyttet. Det er i detaljreguleringen de ulike elementene skal få sin plassering. Overordnede planer, som kommuneplanens arealdel og områdeplan, vil legge føringer for vurderingene i detaljreguleringen, jf. pbl § 12-3.

De ulike nivåene i den kommunale arealplanen har ulike funksjoner og hensyn de skal ivareta. For reguleringsplaner gjelder det en relativt omfattende saksbehandlingsprosess. Det skal gjennomføres en saksbehandling som skal sikre at berørte parter blir involvert i reguleringsforslaget og får muligheten til å uttale seg og komme med endringsforslag jf. pbl § 12-10.

### 2.3 Når i arealplanprosessen kan kommunen inngå utbyggingsavtale?

I pbl § 17-4 5. ledd er det bestemt at utbyggingsavtale ikke kan inngås bindende om et område *«før arealplanen for området er vedtatt»*.

Skal loven tolkes slik at *arealplanen* både kan bety kommuneplanens arealdel, områderegulering eller detaljregulering? De forskjellige plannivåene har ulike funksjoner. Om utbyggingsavtaler f.eks. kan knyttes til kommuneplanens arealdel vil mange spørsmål som byggehøyder og tetthet mellom byggene ikke være besluttet når utbyggingsavtalen inngås. En slik mulighet vil kunne åpne for utbyggingsavtaler som

kan binde opp kommunens reguleringsmyndighet når reguleringssaken senere kommer til behandling i kommunestyret.

I forarbeidene sier departementet følgende:

*«Femte ledd bestemmer at kommunen ikke kan inngå bindende utbyggingsavtale før arealplan er vedtatt. Forhandlinger kan skje parallelt med behandlingen av plan, før plan er vedtatt, mens endelig avtale må avvete planvedtaket. Formålet er å unngå en forhåndsbinding av kommunens planmyndighet, herunder å sikre at planprosessen etter loven er fullført før avtalen formaliseres.»<sup>34</sup>*

I et brev fra Justisdepartementet til Sivilombudsmannen datert 19. februar 2010 skriver departementet følgende kommentar om forarbeidene: *«Bestemmelsens hovedformål er som det fremgår, å hindre forhåndsbinding av kommunens planmyndighet. Bestemmelsen kodifiserer etter departementets mening rettstilstanden ved vedtakelsen av lovbestemmelsen»<sup>35</sup>.*

Departementet viser videre til rundskriv H5-02 som sier følgende om forhåndsbinding pkt 3.7: *«Dersom kommunen inngår en utbyggingsavtale i forkant av en reguleringsplanprosess, er det en fare for at muligheten for offentligheten til å påvirke resultatet ikke blir reell. Kommunen må sørge for at den ikke blir bundet til noen bestemt løsning uten å ha foretatt en slik helhetsvurdering som reglene for vedtakelse av reguleringsplan foranlediger. Kommunen må ved behandlingen og vedtakelsen av reguleringsplan følge bestemmelsene i plan- og bygningslovens regler for saksbehandling, bl.a. om høring og medvirkning. Det er derfor ikke anledning til for kommunen å binde kommunestyrets endelige vedtakskompetanse ved å inngå forpliktende forhåndsavtaler med en utbygger. Kommunestyret skal, etter fullført behandlingsprosess, på fritt grunnlag kunne ta standpunkt til om planen skal vedtas eller forkastes.....Kommunestyrets kompetanse til å omregulere eller unnlate å regulere kan ikke bindes opp, men kommunen kan under gitte omstendigheter ha påtatt seg forpliktelser det medfører erstatningsansvar å overtre.»<sup>36</sup>*

---

<sup>34</sup> Ot.prp nr 22 (2004- 2005)

<sup>35</sup> Brev fra Justisdepartementet til Sivilombudsmannen 19.februar 2010, saks ref. 09/3131-2 KFR

<sup>36</sup> Rundskriv H-5/02 s. 18

Ut fra forarbeidene og departementets syn er intensjonen å forhindre at kommunen er forhåndsbundet av utbyggingsavtalen når reguleringsplanen skal vedtas. Dette taler for at kommunen ikke kan inngå utbyggingsavtaler som forplikter kommunen til å fatte bestemte vedtak i en senere reguleringsplan

Forarbeidene sier dette om bygningslovutvalgets forslag: *«Bygningslovutvalgets forslag til bestemmelsene om utleggelse til offentlig ettersyn, gjelder kun når avtaleinnholdet går ut over det som kan utledes av bestemmelser kommunen har gitt til arealdelen av kommuneplan, områdeplan eller detaljplan»*<sup>37</sup>. Dette bekrefter at det er ment fra lovgivers side at utbyggingsavtaler kan inngås på bakgrunn av kommuneplanens arealdel. Departementet kommenterer ikke om *arealplan* er å forstå som både arealdelen av kommuneplan, områdeplan eller detaljplan (i dagens lov detaljregulering) eller om det er krav om at det er fullført reguleringsplanprosess<sup>38</sup>.

Både loven og forarbeidene må således tolkes slik at utbyggingsavtaler kan vedtas både på grunnlag av kommuneplanens arealplan, områderegulering og detaljregulering.

Et annet signal som går i retning av en slik tolkning er forarbeidenes omtale av forskjellige avtaletyper: *«Særskilte spørsmål kan oppstå der det i første omgang tas sikte på en intensjonsavtale, for eksempel knyttet opp mot arealdelen av kommuneplan, og deretter en gjennomføringsavtale som samkjøres med detaljplanlegging. Det er som regel den siste avtalen som kalles utbyggingsavtale, men etter lovens regler vil også intensjonsavtale falle innenfor reglene»*<sup>39</sup>.

Lovens ordlyd *arealplanen* må tolkes ut fra forarbeidene. De legger opp til at arealplanen må forstås som et dynamisk begrep. Det er *hva* som avtales i utbyggingsavtalen som må definere *hvilket* nivå i det kommunale planhierarkiet som kreves for å kunne oppfylle kravet om *arealplanen* i § 17-4 5. ledd. Med en slik forståelse av *arealplanen* vil utbyggingsavtaler som binder kommunen i behandlingen av senere reguleringssaker innebære et brudd på § 17-4 5. ledd.

Dette betyr at utbyggingsavtaler kan inngås etter vedtak av kommuneplanens arealdel dersom det ikke er påkrevd med reguleringsplan. Dersom detaljregulering er påkrevd

---

<sup>37</sup> Ot.prp nr 22 s. 35

<sup>38</sup> Ot.prp nr 22 s. 68

<sup>39</sup> Ot.prp nr 22 s. 47

må utbyggingsavtalen inngås etter vedtaket av detaljreguleringen. Dette gjelder likevel bare når utbyggingsavtalens innhold foregriper et spesielt resultat i en senere reguleringsbehandling. En utbyggingsavtale som er en ren gjennomføringsavtale for infrastruktur, uten å foregripe et bestemt reguleringsresultat, kan vedtas med grunnlag i alle plannivåer.

### 2.3.1 Oppsummering

Med ordet *arealplanen* i pbl § 17-4 5. ledd er det nærliggende å tolke lovforarbeidene slik at utbyggingsavtaler ikke kan inngås dersom avtalen binder kommunens reguleringsmyndighet i fremtiden. Utbyggingsavtaler kan inngås på bakgrunn av både kommuneplanens arealdel, områderegulering eller detaljregulering. Det avgjørende vil være om avtalen binder kommunens reguleringsmyndighet når reguleringssaken senere skal behandles.

Forarbeider sier ikke rett ut at utbyggingsavtaler ikke kan binde opp kommunens reguleringsmyndighet. Forarbeidene viser til de hensyn som taler mot en slik adgang til å forhåndsbinde kommunens reguleringsmyndighet. Dermed kan det være rom for andre tolkninger. Utbyggingsavtaler som legger føringer og konsekvenser for senere reguleringsvedtak må derfor vurderes opp mot de offentligrettslige reglene for forvaltningens adgang til å binde sin forvaltningsmyndighet.

## 3 Offentligrettslige virkninger av avtalen

### 3.1 Adgangen til å forhåndsbinde reguleringsmyndigheten

Der en utbyggingsavtale legger føringer for kommunens behandling av senere reguleringssaker, må spørsmålet om det er adgang til å forhåndsbinde kommunens reguleringsmyndighet gjennom avtaler vurderes.

Under dette punktet vil det bli gitt en redegjørelse for hvordan rettstilstanden er rundt spørsmålet om forhåndsbinding av forvaltningsmyndigheten.

### 3.1.1 Innledning

Kommuner inngår en rekke avtaler som ikke nødvendigvis har med forvaltningen av kommunen å gjøre. Kommunene er en av de viktigste arbeidsgiverne i landet. Bare Oslo Kommune alene har over 44.000 ansatte og omsetter for over 40 milliarder kr i året. Kommunene er på en måte både en bedrift og et forvaltningsorgan. I sin daglige drift inngår kommunene en mengde avtaler, de aller fleste etter privatrettslige regler. Mange avtaler blir inngått fordi kommunen trenger strøm, biler, mat til kantinen og andre varer og tjenester på lik linje med private bedrifter.

Kommunen rår også over verdier som ikke er en vanlig handelsvare, nemlig sin offentlige myndighet. Det er ikke noe i norsk rett som tilsier at offentlig myndighet og avtalekompetanse skal holdes adskilt. Det er likevel slik at adgangen til å inngå avtaler ikke er ubegrenset, men hvor grensen går er uklart<sup>40</sup>.

Kommunen bør være forsiktig med å inngå visse typer avtaler der kommunen avtaler sin myndighetsutøvelse. Det offentlige vil ofte i slike avtaler representere den sterkeste part med en ensidig mulighet til å påvirke innholdet i avtalen gjennom sin myndighetsutøvelse. Læren om myndighetsmisbruk avgrenser kommunens muligheter til å inngå avtaler der kommunen stiller urimelige krav til innhold. På den andre siden kan avtaler om myndighetsbruk også være til fordel både for det offentlige og avtaleparten.<sup>41</sup>

### 3.1.2 Forhåndsvedtak og avtalerettslig forhåndsbinding

Det kan være av stor interesse for private bedrifter å få en avklaring på hvilke offentlige krav de vil møte i fremtiden. Dette kan være avklaring i forhold til skattespørsmål, krav til opparbeidelse av veier i forbindelse med utbygging eller krav om miljøtiltak for bedrifter. Offentlige reguleringer preger en stor del av rammevilkårene til private bedrifter og enkeltpersoner. Ved uforutsigbare offentlige reguleringer vil det bli vanskelig for bedrifter å vite hvordan de skal planlegge sin virksomhet.

---

<sup>40</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997

<sup>41</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997



For det offentlige kan også slike avtaler gi fordeler. Det kan pågå forhandlinger mellom kommunen og bedrifter i f.eks. en reguleringssak der det kommer klart frem fra kommunen at de er positive og ønsker tiltaket velkommen.

Problemene oppstår gjerne i forbindelse med at de private tror at de har fått en bindende avtale, mens kommunen ikke har de facto bundet seg til noen avtale, men bare uttrykt en vilje eller et ønske om å inngå en avtale. I andre saker kan det være at kommunen gjennom forhåndsutsagn har avklart et forhold, for deretter å endre på rammevilkårene gitt i forhåndsutsagnet.

Det er to måter myndighetene kan binde seg på. Den ene er når man påtar seg en avtalerettslig plikt til å bruke sin myndighet på en bestemt måte. Den andre måten er å treffe et forvaltningsvedtak i partens favør på et foregrepet tidspunkt. Denne oppgaven vil kun gå inn på forhold der kommunen påtar seg en avtalerettslig plikt til å bruke sin myndighet på en bestemt måte.

Spørsmålet blir så om det foreligger forhåndsbinding. Det er to forhold som må vurderes. Det ene er en tolkning av hva som har skjedd i forbindelse med avtaleinngåelsen. Det andre er om det er adgang til en slik forhåndsbinding. Et moment som trekker i retning av at det er meningen avtalerettslig å binde seg, er at det har funnet sted forhandlinger og avtalen har gjensidig bebyrdede forhold. Dersom det i tillegg er formalisert gjennom å kalle dokumentet *avtale* eller *kontrakt* vil det også ha en viss betydning, men ikke være ubetinget avgjørende. Også ensidige utsagn fra myndigheter kan være en forhåndsbinding, da må det foreligge «*temmelig klare holdepunkter for at de har villet binde seg på den måten*»<sup>42</sup>. Av betydning vil det også være om de har noen grunn til å binde seg på en slik måte<sup>43</sup>.

### 3.1.3 Adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten

Det er to typer forhåndsbinding det offentlige kan gjøre. Det kan enten være å komme med forhåndstilsagn om hvordan et rettsspørsmål blir løst eller forhåndsbinding av en

---

<sup>42</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997 s. 314

<sup>43</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997

skjønnsmessig myndighetsutøvelse. Smith og Eckhoff mener at dersom et rettsspørsmål skal bli løst gjennom forhåndsutsagn er det antatt behov for særskilt lovhjemmel <sup>44</sup>.

Smith og Eckhoff mener derimot ikke noen slik regel om særskilt lovhjemmel ved utøvelse av skjønnsmessig myndighet. Ved utøvelse av skjønnsmessig myndighet er risikoen mindre for å gjøre feil juridiske vurderinger og det kan være mange situasjoner der myndighetene er tjent med å binde seg på forhånd<sup>45</sup>.

Det er likevel en del betenkeligheter rundt forhåndsavtaler. Det kan tenkes at man ikke får med alle relevante forhold. Når disse blir kjent er det ikke sikkert myndighetene lengre ønsker å stå bak avtalen. Dette kan løses gjennom å gjøre forbehold i selve avtalen.

Derimot kan myndighetene gjennom å binde sin myndighet opp i en avtale unngå å følge viktige prinsipper for saksbehandling som utredningsplikten i fvl § 17.

Utredningsplikten i fvl § 17 må likevel kunne sies å begrense forvaltningens adgang til å forhåndsbinde seg gjennom avtaler.

Rettspraksis har lenge ikke tatt fullstendig stilling til spørsmålet om forvaltningen har adgang til å forhåndsbinde sin myndighet gjennom avtale. En oppsummering fra Eckhoff og Smith er tatt med i Rt. 2007 s. 651. I de følgende tre avsnitt følger to eksempler fra oppsummeringen<sup>46</sup>:

I Råkollvei-dommen (Rt. 1971 s. 228) hadde en grunneier inngått en avtale om makeskifte med kommunen. Året etter vedtok kommunen at det skulle gå en vei over den eiendommen han hadde ervervet seg gjennom makeskiftet. Grunneieren protesterte og viste til at han i forhandlingene om makeskifteavtalen hadde gitt uttrykk for at han ikke ville gå med på avtalen dersom det skulle komme vei over hans nyervervede eiendom. Ordføreren bekreftet dette. Han hevdet videre at grunnarealet han ervervet skulle «*holdes utenfor den planlagte regulering*». Kommunen anførte subsidiært i saken at det ikke var adgang til forhåndsbinding av reguleringsmyndigheten. Høyesterett ga ikke grunneieren medhold med begrunnelse at ordføreren ikke ble ansett legitimert til å

---

<sup>44</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997

<sup>45</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997

<sup>46</sup> Torstein Eckhof og Eivind Smith, Forvaltningsrett 6. utgave 1997, 8. utgave (inntatt i Rt 2007 s.651 og 9. utgave 2010 s. 445-447)

binde kommunen. Retten fant derfor ikke grunn til å gå inn på den subsidiære anførselen.

I Fiskekvotedommen inntatt i Rt. 1992 s. 1235 kom Høyesterett inn på spørsmålet om fiskeridepartementet i hadde adgang til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten gjennom et forhåndsutsagn. Saken var at staten hadde gitt flere tråleiere tilbud om å beholde kvoter etter fiskerireguleringsloven av 16/6 nr 57 § 10 for det antall fartøyer de hadde på et gitt tidspunkt, selv om de gikk med på å redusere antall trålere. Staten anførte at det ikke var på tale om forpliktende tilsagn og at en senere forskrift hadde satt tilsagnene til side. Dette førte ikke frem. Deretter avgir Høyesterett følgende en mer generelle uttalelse.

*«Spørsmålet om i hvilken utstrekning staten kan gi tilsagn som binder fremtidig utøvelse av forvaltningsmyndighet, er vanskelig. Jeg begrenser meg til å si at dette kan stille seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Dersom det anses nødvendig eller ønskelig å fremme vedkommende hjemmelslovs formål, har jeg vanskelig for å se avgjørende hensyn mot at det bør være adgang til, i atskillig utstrekning, å binde utøvelsen av forvaltningsmyndighet gjennom avtaler eller tilsagn på spesielle områder. Dette er ikke ukjent i forvaltningspraksis. Jeg ser således ikke bort fra at Fiskeridepartementet, innenfor de rammer som var trukket opp i lov av 16. juni 1972 nr. 57 om regulering av fisket, rettslig kunne forplikte seg til å tildele fiskekvoter etter bestemte regler for en viss periode.»*

Retten påpeker så at en sentral bestemmelse om saksbehandlingen ved fastsettelse av fartøykvoter ikke hadde vært fulgt (§ 10 6. ledd), men tar ikke uttrykkelig standpunkt til denne feilens betydning for tilsagnets gyldighet. Rederienes krav om erstatning for det tap de hadde lidt ved at tilsagnene ikke ble innfridd, ville kunne føre frem «*selv om det skulle være så at departementet ikke rettslig kunne forplikte seg til å gi kvoter i samsvar med tilsagnene*». Staten ble likevel frifunnet fordi erstatningskravet var foreldet.

Smith mener i 2010 at det er en «*viss adgang til forhåndsbinding*» og henviser til Rt. 1992 s. 1235, og referer fra dommen «*dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme vedkommende hjemmelslovs formål*»<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> Eckhoff og Smith Forvaltningsrett 9. utgave Universitetsforlag Oslo 2010 s. 447

Dommens prejuridaktsvirkning er usikker. Det kommer frem av førstvoterende at man ikke har gått veldig inn i problemstillingen, men gjør en begrenset vurdering av temaet, likevel vil dommen kunne være et utgangspunkt for vurdering av spørsmålet om forhåndsbinding.

Annen juridisk teori går også inn for at det er adgang til å forhåndsbinde myndigheten. Frihagen skriver i sin bok *Forvaltningsrett I*<sup>48</sup> at praksis og reelle hensyn tilsier at det er en *viss adgang* til å gi forhåndstilsagn om hvordan skjønnsmyndighet vil bli brukt og om hvordan loven vil bli tolket, forutsatt at det er i samsvar med den aktuelle lovens formål og at saken er forsvarlig utredet.

I boken *Avtaler med stat og kommune 1981*,<sup>49</sup> legger Bernt vekt på virkningen av bindingen og spør om adgangen til å fravike forventninger skapt hos den private part. Han mener det skal mye til for at det offentlige kan gå inn i en avtale som setter til side utredningsplikten og hensynene til å foreta en fri, åpen og bred totalvurdering av en sak der det er påkrevd jf. fvl § 17.

Av en eller annen årsak har ikke Smith kommentert en høyst relevant dom fra 2007 i boken *Forvaltningsrett 9*. utgave fra 2010. I dommen inntatt i Rt. 2007 s. 651 behandler Høyesterett spørsmålet om det er adgang for kommunen å forhåndsbinde sin forvaltningsmyndighet. Nes kommune i Buskerud hadde overtatt en privat vei som var opprustet til fylkesveistandard, men la den ned noen år senere som kommunal vei, slik at den igjen ble en privat vei. Sju av grunneierne gikk til sak mot kommunen og krevde at kommunen ikke kunne legge ned veien og at veien skulle anses som en kommunal vei.

Forholdet var at Nes kommune hadde overtatt veien etter at veilaget hadde opparbeidet veien til seks meter bredde og betalt ned gjelden slik kommunen krevde. Dette ved hjelp av bompenger, bidrag fra grunneiere og Nes kommune. Nes kommune overtok de forskjellige veiparsellene etter hvert som de ble ferdige fra 1983-1996. Høyesterett ga kommunen medhold, men det var dissens 3-2.

---

<sup>48</sup> Frihagen, *Forvaltningsrett I* s. 324-348, vurdert i Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett 6*. utgave

<sup>49</sup> Bernt, *Avtaler med stat og kommune 1981*, sitat innarbeidet i Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett 6*. utgave

Flertallet mener spørsmålet i saken er om Nes kommune har forpliktet seg til å opprettholde veien som kommunal vei og vedlikeholde denne for fremtiden overfor grunneierne. Flertallet viser til at dette er avhengig av i hvilken grad kommunen har mulighet til å forhåndsbinde sin myndighetsutøvelse på avtalerettslig grunnlag og hvilke krav som må stilles til avtalegrunnlaget.

Flertallet i Høyesterett kom til at kommunen måtte frifinnes. Høyesterett mente det er betenkeligheter knyttet til at kommunen skal kunne forhåndsbinde seg. Høyesterett viste til at situasjoner kan endre seg, eller det kan komme nye opplysninger. Det er viktig at forvaltningen ikke er bundet slik at den kan ta hensyn til slike endringer. Slike endringer kan også være kommunens økonomi. Det er viktig at kommunen har handlefrihet til å kunne håndtere økte utgifter som følge av endringer i kommunen. Høyesterett trakk også opp at det er betenkelig at et kommunestyre kan binde opp fremtidige generasjoners kommunestyrer gjennom forhåndsbinding. *«Dette vil representere en begrensning for demokratiet»<sup>50</sup>.*

Høyesterett viste til Rt. 1992 s. 1235 (Fiskekvotedommen) s.1240, der domstolen kom til at det er adgang til i en viss utstrekning å binde sin fremtidige forvaltningsmyndighet. Som uttrykt i Fiskekvotedommen må dette være dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål. Høyesterett presiserer at bindingen må *«holdes innenfor forsvarlige rammer»*. Høyesterett problematiserte i hvor lang tid forvaltningen kan binde seg, og kom til at det vil stille seg forskjellig for de ulike forvaltningsområdene. Høyesterett påpekte at avgjørelsen må være en *«avveining av forvaltningens interesse i til enhver tid å kunne forvalte offentlig myndighet og offentlige midler til beste for fellesskapet, og behovet for å kunne oppnå ønskede målsetninger eller løsninger ved å binde fremtidig myndighetsutøvelse»*. Dessuten påpekte Høyesterett at det må være et krav at bindingen har et klart grunnlag i avtalen.<sup>51</sup>

Høyesterett konkluderte med at kommunen måtte frifinnes. Hovedbegrunnelsen var de betenkeligheter som talte mot at kommunen var forhåndsbundet<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Rt. 2007 s. 651 avsnitt 41

<sup>51</sup> Rt. 2007 s. 651 avsnitt 42

<sup>52</sup> Rt. 2007 s. 651 avsnitt 43

Høyesterett henviste til Fiskekvotedommen om adgangen til å forhåndsbinde *«dersom det anses som nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål»*. Høyesterett mente i tillegg at en slik forhåndsbinding må holdes innenfor forsvarlige rammer. Ved vurderingen av forsvarlige rammer og hvor langt forvaltningen kan binde seg, sier Høyesterett *«Avgjørelsen må bero på en avveining av forvaltningens interesse i til enhver tid å kunne forvalte offentlig myndighet og offentlige midler til beste for fellesskapet, og behovet for å kunne oppnå ønskede målsetninger eller løsninger ved å binde fremtidig myndighetsutøvelse»*<sup>53</sup>.

I Rt. 2007. s 651 var forholdet at kommunen hadde gjort vedtak om å ta over veien og der hadde de facto gjort dette. Deretter gjorde kommunen en omprioritering av sin økonomi, der de prioriterte andre områder økonomisk i en trang situasjon.

Førstvoterende: *«På grunn av de betenkeligheter som gjør seg gjeldende mot at kommunene skal binde sin fremtidige bevilgningsmyndighet, finner jeg det klart at en kommune ikke kan inngå en evigvarende forpliktelse til å opprettholde en veg som kommunal veg»*<sup>54</sup>.

De syv grunneierne anførte at det forelå en avtalerettslig forpliktelse til å opprettholde Vassfarvegen som kommunal vei på grunnlag av at kommunen gjorde et prinsippvedtak i Nes kommunestyre 27. januar 1983 om at veien skulle tas opp som kommunal vei. De mente at forskriften om avgiftsfritak § 3 satte som krav at kommunen overtok veien for å sikre avgiftsfrihet for opparbeidelsen av veien. Flertallet i Høyesterett gjør en konkret vurdering av om dette vedtaket forplikter kommunen til noe mer enn å overta selve veiansvaret og de forpliktelser dette medfører. Flertallet kom til at kommunen hadde en forpliktelse til å overta veien. Kommunen er heller ikke bundet opp gjennom forskriften om merverdiavgift til fremtidig å sørge for at veien skal være kommunal etter en konkret vurdering av ordlyden i forskriften<sup>55</sup>.

Mindretallet argumenterte ikke mot denne forståelsen av adgangen til å inngå avtaler som forhåndsbinde forvaltningen generelt. Mindretallet argumenterte for at vegstyret og kommunen har hatt en prosess med forhandlinger som har resultert i konkrete vedtak om at kommunen skal overta veien. Videre argumenterte mindretallet for at dersom

---

<sup>53</sup> Rt. 2007 s. 651 avsnitt 42

<sup>54</sup> Rt. 2007 s. 651 avsnitt 43

<sup>55</sup> Rt. 2007 s. 651

kommunen skal ha anledning til å nedlegge veien, må dette være etter en konkret vurdering av om det er behov for veien eller ikke. Mindretallet kunne ikke se at behovene for veien hadde endret seg siden prinsippvedtaket ble gjort i kommunestyret 27. januar 1983<sup>56</sup>.

Dommen er den første som til en viss grad endelig slår fast at det er viss adgang til å inngå avtaler som forhåndsbinder forvaltningsmyndigheten. En slik avtale må være nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovsformål.

Dommens prejudikats virkning må kunne sies å være sterk. Selv om det er dissens 3-2 i avgjørelsen, er ikke uenigheten knyttet til *adgangen* til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten. Uenigheten var om det er klart nok at det offentlige har ment til å binde seg. Dessuten bygger dommen seg på tidligere dommer. Det kan nå regnes som de ulovfestede reglene for adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten.

### 3.1.4 Oppsummering

Diskusjonen rundt adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten har pågått over lengre tid. Lenge var det bare juridisk teori som anerkjente at det er en adgang til å forhåndsbinde forvaltningsmyndigheten. Høyesterett hadde en tendens til å unngå å behandle spørsmålet. Dommen inntatt i Rt. 1992 s. 1235 kom imidlertid med en rettssetning om at det er en viss adgang dersom forhåndsbindingen «*anses som nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål*». Dommen inntatt i Rt. 2007 s. 651 slo fast denne rettssetningen og presiserte den med at det må vektlegges i vurderingen om at det er innenfor forsvarlige rammer. Ved en vurdering av forsvarlige rammer må forvaltningens behov for å være fri i vurderingen av forvaltningssaker, sett opp mot fordelene med å forhåndsbinde seg. Dessuten er lengden på bindingen et moment som må vurderes.

Dersom en kommune inngår en utbyggingsavtale som forhåndsbinder reguleringsmyndigheten må det vurderes hvorvidt utbyggingsavtalen er *nødvendig eller ønskelig for å fremme* plan- og bygningslovens formål. En slik vurdering vil oppgaven belyse i punkt **3.4**.

---

<sup>56</sup> Rt 2007 s. 651

### 3.2 Utbyggingsavtale inngått før arealplanen er vedtatt

#### 3.2.1 Utbyggingsavtale inngått i strid med plan- og bygningsloven § 17-4 5. ledd.

Plan- og bygningsloven § 17-4 5. ledd sier «*Kommunen kan ikke inngå bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt*».

Dersom en kommune inngår en utbyggingsavtale før arealplanen er vedtatt, er dette i strid med § 17-4 5. ledd. Hva blir den offentligrettslige virkningen av dette?

Forutsetningen i denne drøftelsen vil være at spørsmålet om gyldig vedtak vil komme opp før arealplanen er endelig vedtatt. Det er vedtaket om å inngå utbyggingsavtalen som skal prøves. Det kan være flere årsaker til at et slikt ugyldighetsspørsmål kommer opp, f.eks. etter at utbyggingsavtalen ble inngått var det kommunevalg og det nye kommunestyret vil ikke være bundet av utbyggingsavtalen.

Spørsmålet er om en utbyggingsavtale som er inngått i strid med § 17-4 5. ledd kan være forvaltningsrettslig ugyldig

Det følger av pbl § 1-9 1. ledd at forvaltningslovens regler gjelder så lenge det ikke er særlige regler i pbl. Pbl har ikke noen særregler for virkningen av feil i saksbehandlingen. Dermed gjelder fvl § 41, som inneholder bestemmelser for virkning av feil i saksbehandlingen.

En utbyggingsavtale som er bindende inngått før arealplanen er vedtatt vil utgjøre et brudd på loven jf. pbl § 17-4 5. ledd og er dermed et brudd på lovbundne vedtak. I følge Eckhof og Smiths Forvaltningsrett s. 489<sup>57</sup>, vil vedtak i strid med lovens bestemmelser bli ugyldige: «...*hvis vedtaket er i strid med loven, er dette tilstrekkelig grunn til å kjenne det ugyldig. Man trenger derfor ikke ta stilling til hvilken betydning saksbehandlingsfeilen har hatt*».

Slike vedtak må være ugyldig siden de er i direkte strid med loven. Kommunen er ikke offentligrettslig bundet av utbyggingsavtalen, og kan vedta en annen reguleringsplan enn den utbyggingsavtalen forutsatte. Spørsmålet om utbyggingsavtalen likevel er privatrettslig gyldig blir belyst i punkt 4.

---

<sup>57</sup> Eckhoff og Smith Forvaltningsrett 9. utgave 2010



### 3.3 Kan avtaleinngåelse før planvedtak få konsekvenser for reguleringsplanens gyldighet?

Dersom en kommune har inngått en utbyggingsavtale før arealplanen er vedtatt, kan dette få konsekvenser for gyldigheten til reguleringsplanen? Det legges til grunn i denne drøftelsen at reguleringsplanen nå er vedtatt, men først etter utbyggingsavtalen ble inngått. I Sande-saken ble utbyggingsavtalen inngått før den nye plan- og bygningsloven kom til, men det var en tilsvarende regel til § 17-4 5. ledd som var ulovfestet påpekte Sivilombudsmannen: *«alminnelige ulovfestede prinsipper om forvaltningens adgang til å inngå avtaler om bruk av offentlig myndighet, og gjaldt også før bestemmelsen i § 64c trådte i kraft»*<sup>58</sup>(§ 64c er nå § 17-4)

Sande kommune inngikk en utbyggingsavtale<sup>59</sup> før reguleringsplanen ble vedtatt i kommunen. Både Sivilombudsmannen og Fylkesmannen konkluderte med at kommunen hadde gjort en feil i saksbehandlingen ved å vedta utbyggingsavtalen før arealplanen (i pbl fra 1985 reguleringsplanen)<sup>60</sup>.

Forvaltningslovens § 41 må forstås slik at den gir en mulighet til å anse et vedtak for gyldig selv om det er feil i saksbehandlingen som kan ha virket inn på resultatet. Bestemmelsen gir anvisning til en sannsynlighetsvurdering. Det er likevel ikke slik at det er et krav om en overvekt av sannsynlighet for at feilen *kan ha virket inn* på resultatet, for å kjenne vedtaket ugyldig. Det er nok at det ikke er en fjerntliggende mulighet for at feilen har påvirket resultatet. Ordene i loven *«grunn til å regne med»* må vurderes objektivt og ikke subjektivt. Momenter i ugyldighetsvurderingen vil være at jo grovere feilen er og jo flere feil, desto større grunn til å kjenne vedtaket ugyldig.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

<sup>59</sup> Utbyggingsavtale mellom Nordre Jarlsberg Brygge AS og Sande kommune om utbygging av Nordre Jarlsberg Brygge fra 2005

<sup>60</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

<sup>61</sup> Echhoff og Smith Forvaltningsrett 9. utgave 2010 s. 489

I Sande-saken kom Fylkesmannen til den konklusjon at feilen ikke hadde virket inn på resultatet av reguleringsplanen på en slik måte at vedtaket måtte kjennes ugyldig. Sivilombudsmannen kom til motsatt konklusjon.<sup>62</sup>

Fylkesmannen viste til at inngåelsen av utbyggingsavtalen ble «*undertegnet relativt nær avslutningen av planprosessen*» og at det ble gjort «*endringer i planen på bakgrunn av innkomne høringsuttalelser*». Sivilombudsmannen la i sitt syn vekt på at en sentral del av saksbehandlingsprosessen i reguleringssaker er å behandle de innkomne merknader og forslag til reguleringsplanen. Sivilombudsmannen uttaler: «*Når avtalen er inngått allerede før dette viktige trinnet i saksbehandlingen, som nettopp skal åpne og tilrettelegge for en tilpasning av planens innhold, er det vanskelig å se at feilen ikke kan ha hatt innvirkning på planvedtakets innhold*»<sup>63</sup>.

Det ulike synet mellom Fylkesmannen og Sivilombudsmannen kan ha sin årsak i at de hadde ulikt syn på om utbyggingsavtalen de facto hadde bundet kommunen til å betale erstatning om kommunen endrer på reguleringsforslaget ut i fra privatrettslige regler. I den videre drøftelsen under dette punkt vil det legges til grunn at kommunen er privatrettslig bundet av utbyggingsavtalen (om kommuner faktisk er privatrettslig bundet av en utbyggingsavtale vil bli vurdert i punkt 4).

Spørsmålet blir så om det er en *fjerntliggende mulighet* for at utbyggingsavtalen kan ha påvirket resultatet i reguleringsplanen?

I avtalen er det slått fast at utbygger har en ensidig oppsigelsesrett dersom kommunen endrer på reguleringsplanforslaget. Videre slår den fast at avtalen er bestemmende for partenes rettigheter og plikter. Deretter står det i avtalen: «*Partene er derfor enige i at dersom [kommunen] vedtar endringer i reguleringsplanen, kan dette utløse erstatningsansvar for [kommunen] i henhold til de alminnelige regler om mislighold i kontraktsforhold*».<sup>64</sup>

Det er ett forhold som vil være avgjørende ved vurderingen om dette kan ha påvirket resultatet i reguleringsplanen som ikke kommer klart frem av faktum. Hva slags

---

<sup>62</sup> <sup>17</sup> <sup>18</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

informasjon hadde kommunestyret om utbyggingsavtalens rettslige status? Om kommunestyret la til grunn at utbyggingsavtalen var privatrettslig bindende, hjelper det ikke at kommunen og Fylkesmannen i *ettertid* mener at avtalen ikke binder kommunen. Kommunestyret ville da ved behandlingen av reguleringsplanen handlet i den tro at utbyggingsavtalen er bindende.

Et viktig prinsipp i reguleringssaker og alle offentlige vedtak er utredningsplikten jf. fvl § 17 og krav til reguleringssak jf. pbl § 12-1 og konsekvensutredning jf. pbl §§ 4-1 og 4-2 (se punkt 2.2.4). Det fremkommer ikke av tilgjengelig faktum om en slik utredning har blitt gjennomført før utbyggingsavtalen ble inngått. Derimot er det mye som tyder på at dette har blitt gjort siden Fylkesmannen påpeker at planprosessen var kommet «*relativt nær avslutningen av planprosessen*»<sup>65</sup>.

Fylkesmannen viser også til at kommunestyret gjorde endringer i reguleringssaken. Dette var endringer som utbygger godkjente, og disse var således innenfor avtalens rammer.<sup>66</sup> Spørsmålet er om det er tenkelig at kommunestyret anså seg som bundet til ikke å vedta forhold som ikke var innenfor avtalens rammer. Mye tyder på at nettopp det er forholdet i saken, kommunestyret søkte godkjennelse hos utbygger før de traff vedtaket.

Feilen som har blitt begått er grov. Den strider mot reglene for inngåelser av utbyggingsavtaler, jf. § 17-4 5. ledd. Vedtaket om inngåelse av utbyggingsavtalen ville blitt kjent ugyldig dersom spørsmålet hadde kommet opp på et tidligere tidspunkt jf. drøftelsen under punkt 3.2.1. Dette er et moment som klart trekker i retning av at feilen kan ha påvirket resultatet i reguleringssaken.

### 3.3.1 Oppsummering

Om arealplanen blir vedtatt etter utbyggingsavtalen er dette et brudd på pbl § 17-4 5. ledd. En slik saksbehandlingsfeil vil ikke automatisk medføre at arealplanen blir

---

<sup>65</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

<sup>66</sup> Sivilombudsmannen sak 2007/2262 Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen

ugyldig. Det må foretas en vurdering om saksbehandlingsfeilen kan ha hatt virkning på utfallet i saken jf. fvl § 41.

I Sande kommune-tilfellet er det svært mye som taler for at saksbehandlingsfeilen kan ha hatt virkning på resultatet i reguleringsplanen som ble vedtatt etter utbyggingsavtalen. Det er en trussel i utbyggingsavtalen om at kommunen kan komme i erstatningsansvar for positiv kontraktsinteresse om reguleringsplanen ikke blir vedtatt. Dette er en klar forhåndsbinding. Når saksbehandlingsfeilen kan ha hatt virkning på sakens utfall bør vedtaket kjennes ugyldig. Spesielt om feilen er grov.

### 3.3.2 Negativ og positiv binding av forvaltningsmyndigheten

En utviklingen i Sande-saken som har skjedd senere enn Fylkesmannen og Sivilombudets behandling av saken, er interessant. Selv om denne informasjonen ikke kan legges til grunn i ugyldighetsdrøftelsen, knyttes det en liten kommentar til den nye utviklingen.

En sak i Sande kommune fra 2011 viser at Sande kommune mener at den er bundet av den ovenfor nevnte utbyggingsavtale. Et utvalg i Sande kommune har gitt en grunneier en dispensasjon fra reguleringsbestemmelsene. Nordre Jarlsberg Brygge AS klager på en dispensasjon, og anfører at *«utbyggingsavtalen er et rettslig hinder for å gi dispensasjoner uten at det foreligger avtale med klagende part»*.<sup>67</sup>

Rådmannen utkvitterer anførselen med: *«Administrasjonen deler klagers vurdering om at utbyggingsavtalens bestemmelser må ses på som et rettslig hinder for å innvilge dispensasjoner fra reguleringsplanen uten etter avtale med klager. Administrasjonen beklager at dette forholdet ikke ble tilstrekkelig belyst i sak NMK-26/11»* og henviser til utbyggingsavtalens punkt 1.2<sup>68 69</sup>

Rådmannens opplysninger viser at kommunen selv mener at utbyggingsavtalen ikke bare binder kommunen til å fatte et bestemt vedtak i en reguleringssak. Den binder også kommunen negativt slik at den ikke kan fatte vedtak i nye saker uten godkjennelse fra Nordre Jarlsberg Brygge AS. Dette betyr i realiteten at andre grunneiere i

---

<sup>67</sup> Sande kommune, sak nr 11/706-19 s. 3. 9. september 2011.

<sup>68</sup> Sande kommune, sak nr 11/706-19 s. 4. 9. september 2011.

<sup>69</sup> Utbyggingsavtale mellom Nordre Jarlsberg Brygge AS og Sande kommune om utbygging av Nordre Jarlsberg Brygge fra 2005

reguleringsområdet vil få kraftig redusert sin eiendomsrett og det er et privat selskap som i realiteten avgjør forvaltningsspørsmål knyttet til planen.

Fra juridisk teori skriver Odd Jarle Pedersen m.fl. *Plan- og bygningsrett 2000*, s. 609 – 610 at utgangspunktet er at forvaltningen ikke kan bindes. «*Det som taler mot at forvaltningen kan binde sin kompetanse, er behovet for å kunne stå fritt til å treffe de vedtak som ønskelig. Dette fører til at det mindre betenkelig å binde kompetansen til å treffe et bestemt vedtak, enn å binde forvaltningen til å ikke treffe vedtak*»<sup>70</sup>

Forarbeidene<sup>71</sup> støtter synet til Pedersen. Også reelle hensyn i denne konkrete saken gir han en støtte for i sitt syn. Det er svært betenkelig at Sande kommune i realiteten har gitt fra seg planmyndigheten for et reguleringsområde, spesielt siden det er andre grunneiere enn Nordre Jarlsberg Brygge AS i reguleringsområdet.

### 3.4 Utbyggingsavtale inngått etter at arealplanen er vedtatt

#### 3.4.1 Hvis utbyggingsavtalen er inngått i samsvar med plan- og bygningsloven § 17-4 5. ledd, kan likevel kommunens vedtak om inngåelsen av utbyggingsavtalen være ugyldig?

En kommune kan fatte vedtak om inngåelse av utbyggingsavtale i samsvar med § 17-4 5. ledd på bakgrunn av kommuneplanens arealdel. Hvis utbyggingsavtalen inneholder bestemmelser som begrenser eller binder kommunens reguleringsmyndighet i senere saker, har kommunen adgang til å inngå utbyggingsavtalen? Dette er et spørsmål som ikke kan besvares ut fra tolkning av pbl § 17-4 5. ledd alene jf. drøftelsen i punkt 2.3. Dermed må de ulovfestede prinsipper for forhåndsbinding av forvaltningsmyndigheten anvendes for å supplere tolkningen av § 17.4 5. ledd.

Denne drøftelsen skal besvare om det er adgang til en forhåndsbinding av reguleringsmyndighet gjennom utbyggingsavtale ut ifra de offentligrettslige reglene. I denne drøftelsen vil først Bjørvika-utbyggingsavtalen bli analysert ut ifra pbl fra 1985. Til grunn i denne drøftelsen vil dom inntatt i Rt. 1992 s.1235 (Fiskekvotedommen) legges til grunn. Deretter behandles spørsmålet om en avtale lik Bjørvika-avtalen kunne blitt inngått etter pbl av 2008.

---

<sup>70</sup> Odd Jarle Pedersen m fl Plan- og bygningsrett 2000, s. 609 - 610

<sup>71</sup> NOU 2003:24 pkt 9.4.2

### 3.4.2 Bjørvika-utbyggingsavtalen

Bjørvika-utbyggingsavtalen<sup>72</sup> ble vedtatt i samme bystyremøte som reguleringsplanen etter den gamle pbl, det er fullt ut tillatt. Reguleringsplanen som ble vedtatt sammen med utbyggingsavtalen var en grovmasket reguleringsplan, mens detaljene for hvert enkelt bygg senere avgjøres i bebyggelsesplaner og detaljert reguleringsplan.

I utbyggingsavtalen var det avtalt at det totale utbyggingsarealet skulle være minst 820.000 m<sup>2</sup>. Dersom kommunen regulerte for mindre utbygging enn 800.000 m<sup>2</sup>, ville kommune måtte betale 50 millioner kr i erstatning til utbygger. Hele avtalen må reforhandles dersom kommunen regulerer for mindre utbygging enn 800.000 m<sup>2</sup>.

Først må det gjøres en vurdering om utbyggingsavtalen faktisk representerer en begrensning av kommunens reguleringsmyndighet når den detaljerte reguleringssaken skal behandles.

I vurderingen av hvorvidt det foreligger en grad av binding må det sees til fvl § 41. Spørsmålet blir dermed om det kan *tenkes* at kommunestyret senere når detaljert reguleringssak behandles er påvirket av innholdet i utbyggingsavtalen. For å belyse om Oslo bystyre faktisk var påvirket av innholdet i avtalen er det grunn til å trekke frem et utsagn fra nestleder i byutviklingskomiteen Tone Tellevik Dahl (Ap). Dahl mente at høyden måtte ned da den detaljerte reguleringssaken skulle behandles. Hun uttalte at: «*Det vil koste 50 millioner kroner, men det har Oslo kommune råd til*»<sup>73</sup>. Også saksbehandlingen i bystyret viser at det er lagt vekt på utbyggingsavtalens bestemmelser om utbyggingsvolum. I komiteen kom flertallet til at de ville redusere utbyggingsvolumet. I merknadene kommer det frem at flertallet taler om «*det resterende handlingsrommet*»<sup>74</sup> som klart henviser til bestemmelsene i utbyggingsavtalen.

Disse utsagnene går i retning av at utbyggingsavtalens bestemmelser ga føringer for hva som kunne bestemmes i den detaljerte reguleringsplanen. Dermed er det gode holdepunkter for å si at utbyggingsavtalen representerer en grad av binding av kommunens reguleringsmyndighet.

---

<sup>72</sup> Byrådssak 207/03 BJØRVIKA - UTBYGGINGSAVTALE

<sup>73</sup> Østlandssendingen 12.01.2008 [www.nrk.no/oslo](http://www.nrk.no/oslo)

<sup>74</sup> Bystyresak 54/08, behandling i byutviklingskomiteen 26.02.2008

Spørsmålet blir da om det ut fra forvaltningsrettens regler for forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet vil foreligge et gyldig vedtak om inngåelse av utbyggingsavtalen?

Rettspraksis og juridisk teori (som redegjort for under punkt 3.1) legger til grunn at myndighetsutøvelse kan bindes opp under visse omstendigheter. Det må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak. Et sentralt element i denne sammenhengen er at forhåndsbinding må fremme en hjemmelslovs hovedformål, jf. Rt 1992 s. 1235.

Pbl av 15. juni nr 71 1985 formål er definert i § 2:

*«Planlegging etter loven skal legge til rette for samordning av statlig, fylkeskommunal og kommunens virksomhet og gi grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser, utbygging, samt å sikre estetiske hensyn.*

*Gjennom planlegging og ved særskilte krav til det enkelte byggetiltak skal loven legge til rette for at arealbruk og bebyggelse blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet.*

*Ved planlegging etter loven her skal det spesielt legges til rette for å sikre barn gode oppvekstvilkår.»*

Hovedformålet til pbl av 1985 var å legge til rette for samordning av de ulike forvaltningsnivåene og gi et faglig grunnlag for vedtak. Gjennom planlegging og særskilte krav til det enkelte byggetiltak skal det legges til rette for at arealbruken og bebyggelsen blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet. Da pbl fra 1985 ble vedtatt gikk plan- og bygningsretten over fra å ha en bygningslov til å ha en plan- og bygningslov. Formålet i loven var å etablere pbl som en sentral planleggingslov som også skulle ivareta vern av naturressurser.

I forhold til bebyggelsen og arealbruken skal loven legge til rette for at det blir til størst mulig gagn for den enkelte og samfunnet. Dette er en svært generell betraktning som kommunen må kunne tolke ut fra sitt frie skjønn i arealplansaker. Vurderingen av hva som er til gagn for den enkelte og samfunnet må vurderes i hver enkelt sak og område. Kvaliteter ved plansaken må vurderes opp mot de behov samfunnet har. Et typisk eksempel på dette kan være at lysforhold må vurderes opp mot samfunnets behov for fortetting rundt kollektivknutepunkter.

Spørsmålet blir så om utbyggingsavtalen mellom Oslo kommune og Bjørvika  
Utbygging var egnet til å fremme hovedformålet i pbl fra 1985.

Utbyggingsavtalen var bare en av flere avtaler som måtte til for å kunne få realisert  
utbyggingen av Bjørvika-området. Det var flere forvaltningsnivåer som var involvert i  
saken. Hele området var havne- og infrastrukturområde med motorveier og jernbane.

Utbyggingsavtalen var nødvendig for å sikre infrastrukturtiltakene i utbyggingsområdet.  
Utbyggingsavtalen var bare en av flere avtaler og vedtak som var nødvendig for å  
realisere en helhetlig plan for Bjørvika-området. I denne helhetlige planen fikk man  
sikret gode infrastrukturtiltak, skoler, kultur- og friområder. Dette er momenter som  
taler for at vedtakelse av utbyggingsavtalen fremmer hovedformålet i hjemmelsloven.

### 3.4.3 Oppsummering

Bjørvika-utbyggingsavtalen er en viktig del av et større helhetlig byplanleggingsgrep,  
der samarbeid mellom de ulike forvaltningsnivåer har hatt en sentral rolle. Formålet i  
pbl fra 1985 var nettopp å gjøre pbl til et effektivt planverktøy som skulle vurdere de  
ulike hensynene og sørge for en helhetlig arealplanlegging til det beste for samfunnet.  
Utbyggingsavtalen er slik sett *ønskelig* for å fremme hjemmelslovs formål.

Ut ifra en vurdering av de hensynene rettspraksis og juridisk teori oppstiller for og mot  
forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, vil kommunens vedtakelse av inngåelse av  
Bjørvika-utbyggingsavtalen være innenfor den rammen rettspraksis trekker opp for  
forhåndsbinding. Det er imidlertid tvil om dette synspunktet. Tvilen knytter seg til  
usikkerheten om pbl § 17-4 5. ledd må tolkes som et absolutt forbud mot å inngå  
utbyggingsavtaler før endelig reguleringsplanen er vedtatt, som drøftet i punkt 2.3.

### 3.5 Kunne Bjørvika-utbyggingsavtalen blitt vedtatt på samme måte etter dagens lovverk?

Under dette punktet vil spørsmålet om Bjørvika-utbyggingsavtalen kunne blitt vedtatt  
etter dagens lovverk bli drøftet. Utgangspunktet for drøftelsen blir da at kommunen  
vedtar inngåelse av bindende utbyggingsavtaler med samme materielle innhold som  
Bjørvika-utbyggingsavtalen med grunnlag i kommuneplanens arealdel. Det er helt



sikkert at et slikt utbyggingsprosjekt må behandles i en regulerings sak for å kunne gis byggetillatelse jf. pbl § 12-1 3. ledd.

Det er adgang i pbl § 17-5 4. ledd til å inngå en utbyggingsavtale med grunnlag i kommuneplanens arealdel. Spørsmålet blir så om det ut fra forvaltningsrettens regler kan inngås en utbyggingsavtale som begrenser forvaltningens reguleringsmyndighet i senere saker. Det som skiller denne drøftelsen fra punkt 3.4 er at formålet i plan- og bygningsloven har blitt endret i ny plan- og bygningslov og det er nyere rettspraksis. Disse endringene medfører en stor forskjell i kommunens adgang til å forhåndsbinde reguleringsmyndigheten.

Det er en viss adgang til å inngå forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet ifølge rettspraksis. Kravet er at det må være *nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål, jf. dom inntatt i Rt. 2007 s.651*. For å kunne besvare spørsmålet om en avtale lignende Bjørvika-utbyggingsavtalen kan inngås med dagens plan- og bygningslov, må det først redegjøres for formålet i pbl av 27. juni 2008.

### 3.5.1 Plan- og bygningslovens formål

Hovedformålet i pbl fra 2008 § 1-1 1. ledd er å fremme en *«bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og fremtidige generasjoner»*.

Formålet i pbl følger i prinsippet opp grunnloven (grl) § 110 b: *«Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævne og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsiktig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten»*. Det må ikke tolkes slik at alle har en grunnlovsmessig rett til ren luft, men den offentlige forvaltningen skal legge disse prinsippene til grunn i den offentlige forvaltningen<sup>75</sup>.

Innholdet er nærmere presisert i pbl § 3-1, der det listes opp fra a til h momenter som skal vurderes innenfor rammen av pbl § 1-1.

§ 1-1 annet ledd slår fast at pbl er en sentral planleggingslov der forvaltningsnivåene skal samordnes.

---

<sup>75</sup> Innjord, Frode. *Plan og bygningsloven med kommentarer bind 1*. Gyldendal, 2010

§1-1 3. ledd første punktum fremhever sammenhengen mellom plan- og byggesak.

Planleggingen skal legge til rette for verdiskapning og private tiltak.

Bygningsmyndigheten skal også se til at de rammer som folkevalgte organer har nedfelt i planene blir overholdt.

Videre sier § 1-1 fjerde ledd: «*Planlegging og vedtak skal sikre åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning for alle berørte interesser og myndigheter*». Med denne formuleringen ønsker lovgiver at tredjemanns interesser også skal bli ivaretatt. Det henvises til pbl § 1-9 som gir enhver rett til dokumentinnsyn etter offentlegloven av 2006. Denne formålsparagrafen fremhever viktige prosessuelle hensyn som skal ivaretas i utarbeidelsen av planer og når det treffes vedtak. Bestemmelsen følger opp grl § 110 b 2. ledd. Planlegging og vedtak skal sikre åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning for alle berørte interesser og myndigheter. Alle skal gis en muligheten til å sette seg inn i planprosessen, herunder i grunnlaget for planvedtakene og medvirke i prosessen med sine synspunkter. Vesentlige virkninger av planforslag skal utredes og beskrives. Dette er fulgt opp av kravet til konsekvensutredning etter § 4-2.

Tredjemanns rettigheter har i rettsutviklingen for plan- og bygningsrett blitt styrket i de siste endringene av loven. Slik sett har pbl fulgt utviklingen i samfunnet ved at arealpolitikken er en av grunnsteinene i lokaldemokratiet. Loven sikrer nå alle gode muligheter til informasjon. Formålet med å sikre tredjemanns rettigheter i forhold til informasjon og medvirkning gjennomsyrrer forøvrigt hele pbl i alt fra planleggingsdelen til byggesaksdelen.

Videre er det i § 1-1 femte ledd fremhevet at det i planleggingen og kravene til det enkelte byggetiltak skal tas hensyn til estetisk utforming av omgivelsene. I forarbeidene er det fremhevet at både den enkelte bygning, bo- og bymiljøer og selve landskapsutformingen er preget av en ambisjon om å skape eller beholde noe som er vakkert i seg selv og i forhold til omgivelsene<sup>76</sup>.

### 3.5.2 Fremmer Bjørvika-utbyggingsavtalen hjemmelslovs formål?

Det legges til grunn at det er *ønskelig* fra kommunens side å inngå avtalen, siden det i stor grad er opp til forvaltningen selv å avgjøre hva som er *ønskelig*. Det er ikke et krav

---

<sup>76</sup> Ot.prp nr. 32 (2007 – 08) s. 172

om at det skal være *nødvendig* for å fremme hjemmelslovsformål og dette blir derfor ikke vurdert. Dette spørsmålet ville blitt satt på spissen dersom kommunen f.eks. ønsket å befri seg fra avtalen.

For å besvare spørsmålet om vedtak om inngåelse av utbyggingsavtalen er ønskelig eller nødvendig for å fremme hjemmelslovs formål, må en først stille spørsmålet: Hva vil konsekvensen av utbyggingsavtalen bety, eller omvendt hva blir konsekvensen av at utbyggingsavtalen ikke blir inngått?

Konsekvensen av utbyggingsavtalen betyr i korte trekk at arealplanen slik den er vedtatt i kommuneplanens arealdel kan realiseres. Blir utbyggingsavtalen ikke vedtatt, vil det bli en usikkerhet knyttet til den infrastrukturen arealplanen har lagt opp til, noe som kan føre til at utbyggingen endres kraftig eller skrinlegges.

For å kunne besvare om en utbyggingsavtale *lik* Bjørvika-utbyggingsavtalen kan vedtas før detaljregulering, må det konkrete innholdet i avtalen<sup>77</sup> og arealplanen<sup>78</sup> vurderes i forhold til formålene i loven.

I forhold til § 1-1 første ledd, lovens hovedformål om bærekraftig utvikling, må det være en forutsetning at arealplanen vil fremme bærekraftig utvikling. En forhåndsbinding av forvaltningsmyndigheten som fremmer det motsatte av bærekraftig utvikling, f.eks. kullkraftverk, vil vanskelig kunne sies å fremme hjemmelslovs formål.

I byrådssak 138/03 *Bjørvika-reguleringen*<sup>79</sup> er det beskrevet en rekke forhold om miljøkvaliteten ved området i planen. Forurensede bunnsedimenter skal dekkes til, Alnaelvens utløp åpnes opp og grønne lunger skal etableres. Det ble også stilt krav om tilknytning til fjernvarme og ikke minst er selve utbyggingen i nærheten av Norges største kollektivknutepunkt noe som i seg selv gjør utbyggingen miljøvennlig.

Hele planen bærer preg av å ha en sterk miljøprofil og passer således under lovens ordlyd i § 1-1 første ledd «*bærekraftig utvikling*». Formålet i pbl er også å bidra til verdiskapning jf. §§ 3-1 litra a og 3-1 litra d. Arealplanen for Bjørvika er en plan som skal sikre boliger og kontorer, samt kollektiv- og infrastrukturløsninger i et stort område

---

<sup>77</sup> Byrådssak 207/03 BJØRVIKA - UTBYGGINGSAVTALE

<sup>78</sup> BYUTVIKLING I BJØRVIKA - BISPEVIKA - LOHAVN - REGULERINGSPLAN - SENTRUM, BYDEL GAMLE OSLO OG BYDEL EKEBERG-BEKKELAGET - BYRÅDSAK 138 AV 22.05.2003

<sup>79</sup> BYUTVIKLING I BJØRVIKA - BISPEVIKA - LOHAVN - REGULERINGSPLAN - SENTRUM, BYDEL GAMLE OSLO OG BYDEL EKEBERG-BEKKELAGET - BYRÅDSAK 138 AV 22.05.2003

med mye mennesker. Kommunen har spesielt stort press på boligmarkedet og det er underskudd på tilbudssiden av boliger.

Planen er godt samordnet med de andre forvaltningsnivåer og organer. Den sikrer en helhetlig utvikling av området.

På den andre siden vil arealplanens egentlige konsekvenser for berørte interesser i liten grad ha blitt belyst. Utenom informasjon om den maksimale byggehøyden, er det lite informasjon i arealplanen om hvordan skyggevirkninger, siktforhold for andre beboere i nærområdet eller forhold til hvordan området skal se ut rent estetisk.

Disse spørsmålene skal avklares i senere i detaljreguleringen. Likevel vil det for kommunen føre til økonomiske konsekvenser om kommunestyret ønsker å redusere kraftig på byggehøyder eller ønsker mindre fortetting.

Formålsparagrafen i pbl § 1-1 fjerde ledd slår fast at det skal være åpne prosesser og at det skal sikres at alle berørte får medvirke til planprosessen. Ordene «*alle berørte*» vil i denne sammenhengen tolkes utvidende siden planområdet er så stort og berører sentrale funksjoner for hele byen.

Både kommuneplanens arealdel, områderegulering og detaljregulering har åpenhet og medvirkningsmuligheter som sentrale deler av saksbehandlingen. Likevel vil informasjonen bli mer presis jo mer presis planen er. Arealplanen bør være grunnlag for en byggetillatelse før det kan lages avtaler som binder kommunen. I praksis betyr det at planen må være vedtatt som reguleringsplan for større bygge- anleggstiltak, noe som i dette tilfellet betyr detaljregulering.

Det er også et krav om konsekvensutredning i pbl § 4-1. For alle planer som «*kan ha vesentlig virkninger for miljø og samfunn*», skal det utarbeides et planprogram som grunnlag for planarbeidet. I følge § 4-2 første ledd skal alle forslag til planer ha en planbeskrivelse som beskriver planens formål, hovedinnhold og virkninger. I følge § 4-2 annet ledd skal reguleringsplaner som «*kan få vesentlig virkninger for miljø og samfunn*» i planbeskrivelsen gi en særskilt beskrivelse og konsekvensutredning av planens virkning for miljø og samfunn.

Formålet med konsekvensutredning er å få konsekvensene av tiltaket i forhold til miljø og samfunn tilstrekkelig belyst. Konsekvensutredningen skal også gi informasjon til berørte parter og skape et grunnlag for medvirkning og beslutning. Om en arealplan skal gi grunnlag for utbyggingsavtale, bør i utgangspunktet de forhold som skal reguleres i utbyggingsavtalen ha blitt gjenstand for konsekvensutredning og fremlagt sammen med utbyggingsavtalen.

Om ikke de forhold som utbyggingsavtalen regulerer er konsekvensutredet, vil det under gitte forhold være uheldig om utbyggingsavtalen blir bindende inngått. Da vil kommunen binde eller forplikte seg til et standpunkt før saken er utredet og før noen har hatt muligheten til å sette seg inn i saken eller fått medvirket. Med gitte forhold menes at utbyggingsavtalen dreier seg om en større utbygging som utløser krav til reguleringssak, jf. pbl § 12-1 og konsekvensutredning jf. §§ 4-1 og 4-2.

I Bjørvika-reguleringssaken<sup>80</sup> s. 3 sier byrådet følgende om konsekvensutredningsplikten: *«Konsekvensene av øvrige endringer belyses i videre saksbehandling, ved beskrivelsen av konsekvensene i reguleringssaken og krav til dokumentasjon for videre plan- og byggesaksprosess»*. Konsekvensutredningen vil bli gjort i den videre plan- og byggeprosessen og den vil foreligge før kommunestyret skal f.eks. ta standpunkt i de enkelte forslagene til detaljerte reguleringsplaner.

Det kan vanskelig forsvares at kommunestyret binder seg til standpunkt i senere reguleringssaker i forhold som ikke er konsekvensutredet der loven krever det. Det følger av kravet i fvl § 17 at alle vedtak skal være så godt belyst som mulig i saksbehandlingen.

Vurderingen går i retning av at formålet i pbl § 1-1 4. ledd representerer et hinder for å inngå forhåndsavtaler som binder kommunens reguleringsmyndighet.

Spørsmålet blir så om det er andre hensyn som likevel gjør at en slik forhåndsbinding kan aksepteres. Reelle hensyn vil her kunne utgjøre argumenter for likevel å akseptere en slik avtale.

---

<sup>80</sup> BYUTVIKLING I BJØRVIKA - BISPEVIKA - LOHAVN - REGULERINGSPLAN - SENTRUM, BYDEL GAMLE OSLO OG BYDEL EKEBERG-BEKKELAGET - BYRÅDSAK 138 AV 22.05.2003

Bjørvika-utbyggingsavtalen inneholdt bestemmelser om kostnadsfordelingen av infrastrukturtiltak i Bjørvika. Avtalen tilsier at infrastrukturkostnaden skal fordeles på de antall m<sup>2</sup> som tillates bygget, med fratrekk fra areal til sosial infrastruktur<sup>81</sup>, kultur og parkområder. Kostnadene knyttet til sosial infrastruktur, kultur og parkområder er egentlig noe kommunen selv skulle ha finansiert alene. Således forplikter utbyggerne seg til mer enn det opparbeidelsesplikten i loven tilsier.

Konsekvensen av at kommunen i senere reguleringssaker tillater mindre utbygging enn de avtalefestede 820.000 m<sup>2</sup> er som bestemt i avtalen at kommunen skal bidra med 50 millioner kr til infrastruktur. Går kommunen under 800.000 m<sup>2</sup> vil hele avtalen måtte reforhandles. I konsekvens vil en reforhandling bety at flere av infrastrukturtiltakene som kommunen ikke kan pålegge som en opparbeidelsesplikt jf. pbl, må bekostes av kommunen selv. Hvor stor denne kostnaden vil være er vanskelig å anslå.

Rettspraksis slår fast at bindingen av forvaltningsmyndigheten må være innenfor forsvarlige rammer. Hensikten er å forhindre bindinger der forvaltningen gir fra seg myndighetsutøvelse for viktige funksjoner, forhindre binding av vedtak som må utredes jf. fvl § 17 utredningsplikten eller fører til bebyrdelser for kommunen som vanskelig kan forsvares over tid, som f.eks. å binde opp bevilgninger jf. Rt. 2007 s. 651.

Oslo kommune har et budsjett på over 25 milliarder kr årlig. Dermed utgjør ikke 50 millioner kr en vesentlig belastning som kan defineres som uforsvarlig å binde seg til. Om avtalen må reforhandles vil dette uansett måtte opp til ny behandling i kommunen gjennom budsjettbehandlingen. Der står kommunen fritt til å vurdere om de ønsker å bygge en slik infrastruktur eller ikke.

Om slike reelle hensyn kan føre frem er ganske usikkert. Høyesterett har ikke lagt opp til det i dommen fra 2007 inntatt i Rt. 2007 s.651. Derimot vil reelle hensyn alltid utgjøre et moment som må vurderes.

Dersom de reelle hensynene får gjennomslag blir spørsmålet om forhåndsbindingen kan anses å være innenfor forsvarlige rammer. Ut i fra drøftelsen ovenfor er det mye som taler for det.

---

<sup>81</sup> Byggeforskriften § 18-1

Konsekvensen av at utbyggingsavtalen er inngått i strid med rettstilstanden for forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet vil være at detaljert reguleringsplan må vurderes opp mot ugyldighetsreglene, jf. fvl § 41.

### 3.5.3 Oppsummering

En utbyggingsavtale lik Bjørvika-utbyggingen muliggjør gjennomføringen av arealplan som er i tråd med flere av de formål pbl stiller opp i § 1-1.

Derimot vil en slik forhåndsbinding være i strid mot pbl § 1-1 4. ledd om åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning. Et viktig hensyn som ligger bak kravet om reguleringsplan er nettopp å sikre at alle forhold er belyst og sikre tredjemenn informasjon og kunne gis en mulighet til å uttale seg eller komme med forslag til planen.

Reelle hensyn tilsier derimot at avtalen er under slike rammer at den likevel burde kunne aksepteres. Om reelle hensyn får gjennomslag i forhold til rettssetningen om at forhåndsbindingen må anses som *nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål* er usikkert. Det er få holdepunkter i dommen inntatt i Rt. 2007 s.651 for at reelle hensyn kan få et slikt gjennomslag.

Dersom en slik forhåndsbinding ansees å være *nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål*, vil det måtte vurderes hvorvidt bindingen er innenfor *forsvarlige rammer*.

Det er mye som taler for at en slik utbyggingsavtale ikke kan inngås. Rettsreglene for forhåndsbinding rettspraksis har satt opp krever at bindingen må være ønskelig eller nødvendig for å fremme hjemmelslovs formål. Pbl formål i § 1-1 4. ledd vil være et viktig hinder mot å forhåndsbinde reguleringsmyndigheten.

Rettskonsekvensen av at det ikke var adgang til å inngå utbyggingsavtalen vil bli at reguleringsplanens gyldighet må vurderes i forhold til reglene i fvl § 41.

## **4 Privatrettslige virkninger av utbyggingsavtalen**

### **4.1 Innledning**

En sideproblemstilling til temaet forhåndsbinding av reguleringsmyndigheten gjennom utbyggingsavtaler er at det er uklart hvilke rettsvirkninger en utbyggingsavtale kan få privatrettslig.

Som det er redegjort ovenfor, kan ikke en kommune forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet gjennom en utbyggingsavtale. Det betyr at selv om en kommune har forpliktet seg til å vedta en bestemt regulering gjennom en utbyggingsavtale, vil et vedtak om en annen regulering være gyldig. Kommunen står også offentligrettslig fritt til ikke å vedta noen ny regulering.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om utbyggingsavtalen i et slikt tilfelle må anses som privatrettslig bindende. Det kan bety at kommunen pådrar seg et misligholdsansvar dersom den ikke treffer et reguleringsvedtak som er i samsvar med utbyggingsavtalen.

Dersom utbyggingsavtalen anses som privatrettslig bindende, vil imidlertid ikke utbyggeren kreve at den oppfylles etter sitt innhold (naturaloppfyllelse). Det betyr at utbygger ikke kan gå rettens vei for å få en dom på at kommunen må regulere i henhold til utbyggingsavtalens bestemmelser. Dette følger av at kommunen ikke kan forhåndsbinde sin reguleringsmyndighet og kommunen vil stå fritt i reguleringsspørsmålet uavhengig av utbyggingsavtalen.

Ettersom utbygger ikke kan kreve naturaloppfyllelse, vil virkningen av at utbyggingsavtalen anses privatrettslig bindende først og fremst være at utbygger kan kreve erstatning for den positive kontraktsinteresse. Dette betyr at utbygger kan kreve å få erstattet den fortjeneste utbygger kunne ha oppnådd dersom avtalen ble gjennomført.

Selv om utbyggingsavtalen ikke er privatrettslig bindende kan kommunen likevel kommunen ha pådratt seg et erstatningsansvar for den negative kontraktsinteressen. Dette er erstatning for de utgifter utbygger har pådratt seg i tillitt til at avtalen skal gjennomføres.



Det kan med andre ord få ganske alvorlige konsekvenser for en kommune å inngå en utbyggingsavtale som forhåndsbinder reguleringsmyndigheten.

#### 4.2 Vil pbl § 17-4 5. ledd føre til ugyldig privatrettslig avtale?

Kan en utbyggingsavtale være ugyldig inngått også privatrettslig ut ifra ordlyden i pbl § 17-4 5. ledd?

Pbl § 17-4 5. ledd lyder: *«kommunen kan ikke inngå en bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen er vedtatt»*. Ordlyden i loven tyder på at den er ment til også å ramme den privatrettslige virkningen av utbyggingsavtalen. Det kommer av ordet *«kan ikke inngå en bindende utbyggingsavtale»*. Ordlyden *«bindende»* tyder på at lovgiver mener at kommunen ikke er bundet av en avtale dersom arealplanen ikke er vedtatt. Det betyr i så fall at kommunen ikke har hatt kompetanse til å inngå noen avtale før arealplanen er vedtatt.

Formuleringen i pbl § 17-4 5. ledd kan også sees i lys av at en utbyggingsavtale kan ha mange nivåer før den blir bindende. Det kan f.eks. inngås en intensjonsavtale, for deretter en gjennomføringsavtale som blir bindende. Dette vil således trekke i retning av at § 17-4 5. ledd er å forstå som en prosessledende bestemmelse for kommunens behandling av inngåelse av utbyggingsavtalen.

En annen tolkning er at lovgiver har ment at § 17-4 5. ledd kun skal forhindre at kommuner inngår en utbyggingsavtale før reguleringsplanprosessen er avsluttet. I så fall er regelen bare en kodifisering av de ulovfestede prinsipper for forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, jf.. Rt. 2007 s. 651

Pbl er en ren offentligrettslig lov, den kan gi plikter og rettigheter til private, men regulerer ikke rent privatrettslige forhold. Dette peker i retning av at § 17-4 5. ledd ikke kan tolkes i retning av at det er en privatrettslig ugyldighetsregel for utbyggingsavtaler inngått i strid med loven.

Selv om utbyggingsavtaler i utgangspunktet er en del av den offentlige myndighetsutøvelse er det i forarbeidene<sup>82</sup> til pbls kapittel 17 påpekt at det er en stor

---

<sup>82</sup> Ot.prp nr 22 (2004-2005) s. 14

grad av avtalefrihet. Det har i forbindelse med utbyggingsavtaler blitt akseptert at disse avtalene mellom kommunen og utbygger er privatrettslige avtaler.

Bygningslovutvalget var i tvil om utbyggingsavtaler er privatrettslige eller offentligrettslige: *«Det er etter utvalgets syn vanskelig å stille opp noen helt dekkende tese om hvorvidt utbyggingsavtaler reguleres av offentligrettslige regler eller privatrettslige prinsipper. Det synes å være et faktum at utbyggingsavtaler i dag inneholder elementer fra begge rettsområder, og dette kan derfor i utgangspunktet gi grunnlag for å hevde at det er en kombinasjon av offentligrettslig og privatrettslige prinsipper som må komme til anvendelse»*<sup>83</sup>

Forarbeidene peker i retning av at det er en kombinasjon av privatrettslige og offentligrettslige regler som må anvendes i slike tilfeller. En slik kombinasjon av forvaltningsretten og privatretten har også en viss støtte i juridisk teori. Boe gir uttrykk for innholdslikhet mellom kontraktsrettens og forvaltningsrettens regler, som etter hans syn åpner for regelkombinasjoner<sup>84</sup>. Svarva og Kristensen mener at *«kontraktsretten og forvaltningsretten to rettsdisipliner man må forholde seg til når man skal løse rettsspørsmål som springer ut av forvaltningsavtaler»*<sup>85</sup>

I rettspraksis er ikke spørsmålet konkret behandlet. En retning kan likevel leses ut fra dom inntatt i Rt. 2007 s. 651 Høyesterett sa følgende om spørsmålet om en kommune for fremtiden er forpliktet av en avtale: *«Dette avhenger av i hvilken grad kommunen har adgang til på avtalerettslig grunnlag å binde sin fremtidige bevilgningsmyndighet, og i den utstrekning kommunen har adgang til dette, hvilke krav som må stilles til avtalegrunnlaget»*<sup>86</sup>.

Høyesterett stiller det som en forutsetning at kommunen må ha hatt *adgang*, altså en kompetanse til å inngå avtalen. Omvendt, dersom kommunen ikke har adgang til å forhåndsbinde seg, må konsekvensen bli at det ikke foreligger en bindende avtale. Om

---

<sup>83</sup> NOU 2003:24 s. 144

<sup>84</sup> Erik Boe: *Forholdet mellom privatrett og offentlig rett* i festskrift til Carsten Smith (s. 113-137)

<sup>85</sup> Jussens venner 2004 nr. 5-6 s. 344. Helge Morten Svarva og Jørn Terje Kristensen: *Kommentar til Johan Greger Aulstads artikkel i JV, hefte 2/2004 - Særlig om utbyggingsavtaler*

<sup>86</sup> Rt. 2007 s. 651 note 40

ikke rettsreglene kan forstås slik, vil det Høyesterett sier være inkonsekvent. Da vil rettstilstanden være at selv om det ikke er adgang til å forhåndsbinde gjennom avtale, så er avtalen like fullt bindende.

Høyesterett sier videre at «*Domstolen har på bakgrunn av de betenkeligheter som knytter seg til at det offentlige skal binde sin fremtidige myndighetsutøvelse, vært svært tilbakeholdne med å akseptere avtaler som dette..*»<sup>87</sup>. Dette peker klart i retning av at rettspraksis må forstås slik at en avtale som forhånds binder forvaltningens myndighet ikke er bindende dersom det ikke var adgang til å inngå en slik avtale.

Dersom en slik forståelse av rettspraksis skal legges til grunn vil pbl § 17-4 5. ledd i realiteten oppheve bindingen av utbyggingsavtalen om den er inngått i strid med bestemmelsen.

Selv om Høyesterett kan tolkes i denne retningen, gjorde ikke Høyesterett en konkret vurdering av hvorvidt avtalen ikke var bindende. Det Høyesterett tok konkret stilling til i dommen var om kommunen faktisk hadde pådratt seg en forpliktelse eller ikke.

Dessuten er påstanden til den ankede part (veilaget) at kommunen er offentligrettslig forpliktet til å følge avtalen. Spørsmålet blir da om Høyesterett hadde uttalt samme setning om påstanden hadde vært at kommunen har misligholdt de privatrettslige forpliktelser i avtalen. Høyesteretts uttalelse må derfor tolkes som en rettssetning for at en avtale som forhånds binder forvaltningsmyndigheten ikke *offentligrettslig* er bindende om forvaltningen ikke hadde adgang til å inngå en slik avtale.

Om pbl § 17-4 5. ledd faktisk representerer en privatrettslig ugyldighetsregel er forarbeidene tause om. Forarbeidene sier likevel: «*For den delen av avtalen som kun bygger på kompetansen i plan- og bygningsloven samt vilkårslæren, vil det i liten grad være tale om noe privatrettslig element*»<sup>88</sup>. Dette tyder på at forarbeidene legger til grunn at den delen av utbyggingsavtalen som inneholder offentlig myndighetsutøvelse, vil reguleres av de offentligrettslige reglene. For de forhold i utbyggingsavtalen som bygger på forhold som ikke er en del av den offentlige myndighetsutøvelsen vil derimot privatrettens regler komme til anvendelse. Dette kan f.eks. være utbyggingsavtalens

---

<sup>87</sup> Rt. 2008 s. 651 note 41

<sup>88</sup> NOU 2003:24 s. 151

bestemmelser om når veien skal være opparbeidet eller til hvilken standard. Manglende oppfyllelse av disse bestemmelsene må vurderes etter misligholdsreglene i kontraktsretten. Dette trekker også i retning av at pbl § 17-4 5. ledd kan forstås slik at den har en direkte avtalerettslig virkning. Dette må riktignok sees i lys av at Bygningslovutvalget foreslo at utbyggingsavtaler skulle være et enkeltvedtak, noe som ikke ble fulgt opp.

I et brev fra Sivilombudsmannen til Justisdepartementet var oppfatningen at § 17-4 5. ledd ikke får anvendelse på den privatrettslige avtalen: *«Etter mitt syn er det imidlertid ikke naturlig å forstå plan- og bygningsloven 2008 § 17-4 femte ledd slik at den har som direkte avtalerettslig virkning at en utbyggingsavtale inngått strid med bestemmelsen er ugyldig og dermed ikke kan gjøres gjeldende mellom partene»*.<sup>89</sup>

Det er vanskelig å trekke noen bestemt konklusjon på om pbl § 17-4 5. ledd kan forstås slik at den har en direkte avtalerettslig virkning på avtaler som er inngått i strid med bestemmelsen. Forarbeidene gir ikke noe godt svar, heller ikke rettspraksis.

#### 4.2.1 Avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger

Juridisk teori går i retning av at det er avtl § 36 og læren om bristende forutsetninger som må anvendes for en avtale som forhåndsbinder forvaltningsmyndigheten. Torstein Eckhoff og Eivind Smith skriver i boken *Forvaltningsrett* 6. utgave *«Dersom det dreier seg om en gyldig avtalerettslig forpliktelse, er det bare bristende forutsetninger, lemping etter avtaleloven. Av 31/5 1918 nr 4 § 36 m.v. som kan gi grunnlag for å bli fri»*<sup>90</sup>.

Også i Sivilombudsmannens årsmelding fra 1989 la til grunn at det er avtl § 36 som kommer til anvendelse ved prøving av utbyggingsavtaler<sup>91</sup>. Også rundskriv H-5/02 peker i samme retning: *«avtl. § 36 vil kunne komme til anvendelse ved vurdering av avtalenes gyldighet»*<sup>92</sup>. Videre sier H-5/02 følgende: *«Ut fra blant annet avtalenes innhold, partenes stilling og forhold ved avtaleinngåelsen vil det da vurderes om*

---

<sup>89</sup> Sivilombudsmannens sak 2009/2897. Brev datert 31.08.10 *Reglene om utbyggingsavtale*

<sup>90</sup> Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* 6. utgave

<sup>91</sup> Sivilombudsmannen i årsmelding 1989 s. 105, omtalt i JV 2004 nr 5 – 6.

<sup>92</sup> Rundskriv H-5/02 s. 26

*avtalene er kvalifisert urimelige»<sup>93</sup>*. Denne uttalelsen er nok mer myntet på utbyggers mulighet til å befri seg fra urimelige avtaler, f.eks. ved myndighetsmisbruk.

Eckhoff og Smith viser til at *dersom avtalen er privatrettslig gyldig* må er det bare avtl. § 36 og læren om bristende forutsetninger som kan gjøre at kommunen kan gå fri. Dette gir bare svar på hva som skjer dersom avtalen er privatrettslig gyldig, og ikke hva som skal til for at kommunen ikke er bundet av avtalen privatrettslig.

Det er en diskusjon rundt emnet om avtl § 36 *kan* og *bør* anvendes på forvaltningsavtaler. Oppgaven vil av prioriteringshensyn ikke gå lengre inn på denne problematikken foruten å nevne at i det forhold til denne problemstillingen er få rettskilder, og ingen som har en klar konklusjon.

#### 4.3 Kommunens erstatningsansvar

Dersom en utbyggingsavtale som binder kommunens reguleringsmyndighet ikke er privatrettslig ugyldig, vil utbygger kunne kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse. Oppgaven går ikke inn på hva slag vilkår som da må være oppfylt for å kreve dette, eller utmålingen.

Dette kan bety at kommunen selv om den ikke er offentligrettslig bundet av avtalen, likevel er reelt sett bundet. Da vil kommunen om den ikke gjør som utbyggingsavtalen sier risikere store økonomiske forpliktelser. Dette viser også hvor viktig det er å slå fast om en utbyggingsavtale faktisk er privatrettslig bindende eller ikke.

Selv om kommunen ikke er privatrettslig bundet av utbyggingsavtalen, kan likevel kommunen risikere å pådra seg et erstatningsansvar. Dette vil være erstatning for den negative kontraktsinteressen. Dette er erstatning for de faktiske utgifter utbygger har pådratt seg i tillitt til at avtalen skulle gjennomføres. I bygningsbransjen kan faktisk den negative kontraktsinteresse utgjøre en større sum enn den positive kontraktsinteressen. Som nevnt innledningsvis har utbygger store utgifter i forbindelse med prosjektering av utbygging. I prosent kan prosjekteringskostnadene faktisk være en større andel av totalomsetningen enn det fortjenesten utgjør.

---

<sup>93</sup> Rundskriv H-5/02 s. 26

Utgangspunktet i norsk rett er at partene selv bærer kostnaden knyttet til avtaler som ikke kommer i stand.

I skandinavisk rettsteori er det enighet om et prinsipp om prekontraktuelt erstatningsansvar, culpa in contrahendo (uaktsomhet ved kontraktsinngåelse). Det samme prinsipp følger av UNIDROITs Principles art 2.15 om «*Negotiations in bad faith*». Norsk høyesterett har derimot ikke lagt til grunn et slikt prekontraktuelt erstatningsansvar, men Woxholt mener i boken *Avtalerett 8. utgave* at det er «*liten tvil om at norsk rett vil anerkjenne et slikt ansvar hvis forholdene tilsier dette*». Culpa in contrahendo er en slags sikkerhetsventil i forhold til kontraktsforhandlinger der den ene parten vet eller burde vite at avtalen ikke kan gjøres gjeldende.<sup>94</sup>

Om kommunen kan pådra seg et slikt erstatningsansvar vil bero på en konkret vurdering av hva kommunen visste eller burde vite om det var adgang til å inngå en slik avtale. Det må imidlertid antas at kommunen visste eller burde vite at det ikke er adgang til å inngå en utbyggingsavtale som forhåndsbinder reguleringsmyndigheten.

## 5 Oppsummering

Temaet i oppgaven er forhåndsbinding av kommunens reguleringsmyndighet gjennom utbyggingsavtaler.

Det prosessuelle kravet for å inngå en utbyggingsavtale i pbl av 27. juni 2008 § 17-4 5. ledd sier at «*Kommunen kan ikke bindende utbyggingsavtale om et område før arealplanen for området er vedtatt*». Forarbeidene kommenterer hensikten «*Utvalgene er også opptatt av at avtalene ikke skal foregripe de brede prosesser og vurderinger som gjelder for arealplaner etter loven*»<sup>95</sup>. Ut ifra en tolkning av hensynene som ligger bak § 17-4 5. ledd tilsier tolkningen at lovgivers intensjon er å forhindre binding av kommunens reguleringsmyndighet. Anvendelsen av § 17-4 5. ledd bør være at forhold som må avklares gjennom en senere reguleringsplan ikke kan forhåndsbindes gjennom utbyggingsavtale.

---

<sup>94</sup> Geir Woxholt, *Avtalerett 8. utgave*

<sup>95</sup> Ot.prp nr 22 s.35

Det er ikke nok holdepunkter i forarbeidene til å kunne slå fast at § 17-4 5. ledd må tolkes på en slik måte. Derfor må de generelle ulovfestede rettsreglene om forvaltningens adgang til å forhåndsbinde sin forvaltningsmyndighet komme til anvendelse.

Dersom en kommune inngår utbyggingsavtalen før arealplanen er vedtatt, er dette et brudd på bestemmelsen i § 17-4 5. ledd. Da blir det et spørsmål om vedtaket om inngåelse av utbyggingsavtalen er et gyldig vedtak. Et slikt vedtak må kjennes ugyldig siden det er i strid med en lovbestemt saksbehandling.

Hvis en kommune først har inngått en utbyggingsavtale i strid med § 17-4 5. ledd og deretter vedtar en reguleringsplan, vil det bli et spørsmål om reguleringsplanens gyldighet.

Et slikt spørsmål må vurderes i forhold til fvl § 41 *«feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold»*. Dette må vurderes opp mot faktum; hvor sterk var forhåndsbindingen, hvilke løfter fikk kommunen eller hva slags konsekvenser får det for kommunen om utbyggingsavtalen ikke holdes. I Sande-saken, se punkt 3.3, er det klare holdepunkter for at reguleringsplanen burde bli kjent ugyldig.

En annen type forhåndsbinding kan oppstå dersom en kommune inngår en utbyggingsavtale i tråd med § 17-4 5. ledd, men arealplanen likevel må gjennom en detaljregulering. Utbyggingsavtalen inneholder bestemmelser som kan oppfattes som egnet til å binde eller begrense kommunens reguleringsmyndighet. Hva blir de offentligrettslige konsekvensene av dette?

I slike tilfeller må det først vurderes om det er tale om en forhåndsbinding i utbyggingsavtalen. Deretter må det vurderes om forhåndsbindingen kan sees på som å være *«nødvendig eller ønskelig for å fremme hjemmelslovs formål»*<sup>96</sup>. Hvis forhåndsbindingen fremmer hjemmelslovs formål må det vurderes om forhåndsbindingen er under *forsvarlige rammer*. I denne vurderingen vil det legges vekt på lengden av bindingen, og de hensyn som taler mot binding, se punkt 3.1.3.

---

<sup>96</sup> Rt. 2007 s. 651

Bjørvika-utbyggingsavtalen<sup>97</sup> ble drøftet konkret både i forhold til lovverket i 2003 da avtalen ble inngått, og i forhold til dagens pbl. I forhold til reglene i 2003 kunne en slik avtale inngås; forhåndsbindingen var egnet til å fremme hjemmelslovs formål.

Derimot er det langt mer tvilsomt om en slik avtale kan inngås med dagens pbl av 2008. Formålet i pbl § 1-1 4. ledd «...sikre åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning...» er et viktig hinder for å kunne si at en forhåndsbinding av kommunens reguleringsmyndighet kan fremme hjemmelslovs formål.

Det er svært tvilsomt om en utbyggingsavtale kan binde opp kommunens reguleringsmyndighet. Det meste taler for at utbyggingsavtaler hverken kan binde opp kommunens reguleringsmyndighet ut fra en tolkning av både pbl § 17-4 5. ledd og de ulovfestede reglene for forhåndsbinding av forvaltningen.

Sande-saken viser også at det er mer betenkelig at kommunen inngår en avtale som forplikter kommunen til en negativ binding enn en positiv binding.

Hva kan så de privatrettslige konsekvensene av at kommunen har inngått en offentligrettslig ugyldig utbyggingsavtale?

Det er høyst usikkert hva slags privatrettslige konsekvenser en slik utbyggingsavtale ville kunne fått. Forarbeidene<sup>98</sup> peker i retning av at en utbyggingsavtale inngått i strid med pbl § 17-4 5. ledd ikke bare er offentligrettslig ikke bindende, men heller ikke bindende privatrettslig. Det må antas at avtl. § 36 og læren om bristende forutsetninger kan anvendes for å avklare om utbyggingsavtalens gyldighetsspørsmål eller eventuelt lemping av urimelige forhold i avtalen.

Kommunen kan risikere store økonomiske belastninger som følge av de privatrettslige virkningene av utbyggingsavtalen. Om avtalen er offentligrettslig ugyldig, men privatrettslig gyldig kan kommunen ha pådratt seg et erstatningsansvar for den positive kontraktsinteressen. Selv om utbyggingsavtalen også privatrettslig blir ugyldig, vil likevel kommunen kunne ha pådra seg erstatningsansvar gjennom reglene for culpa in contrahendo. I byggebransjen kan erstatning for den negative kontraktsinteresse i sum bli like stor eller større enn erstatning for den positive kontraktsinteressen.

---

<sup>97</sup> Byrådssak 207/2003

<sup>98</sup> NOU 2003:24 s. 144



Uansett vil det for kommunen være en stor risiko forbundet med å inngå en utbyggingsavtale som forplikter kommunen til å fatte et bestemt resultat i reguleringsplanen. Dette gjør at kommunen bør være ytterst forsiktig i forhold til hva slags forpliktelser kommunen pådrar seg, om utbyggingsavtalen blir inngått før reguleringsplanen er ferdigbehandlet.

## **6 Avslutning**

Utbyggingsavtaler er en god måte for utbygger og kommunen å komme til enighet rundt sentrale spørsmål om gjennomføringen av arealplanen. Den kan bidra til god dialog gjennom hele reguleringsprosessen.

Utbyggingsavtaler kan inngås på forskjellige nivå i arealplanen. Den mest ryddige fremgangsmåten er at man lager en utbyggingsavtale for hvert nivå i arealplanen i området. Først en intensjonsavtale knyttet til kommunens arealplan. Deretter kan det inngås en gjennomføringsavtale knyttet til detaljregulering. På denne måten vil man unngå å binde kommunens reguleringsmyndighet.

Det er imidlertid noen regler knyttet til utbyggingsavtaler som er vanskelig tilgjengelig og skaper usikkerhet om hva lovgiver virkelig har ment.

Pbl § 17-4 5. ledd sier at utbyggingsavtale ikke kan inngås før arealplanen er vedtatt. Om hensikten til lovgiver er å forhindre forhåndsbinding av kommunens reguleringsmyndighet er loven lite tydelig.

Om hensikten er å forhindre at utbyggingsavtaler forhåndsbinder reguleringsmyndigheten bør departementet klargjøre gjennom etterarbeider *når i arealplanprosessen utbyggingsavtaler kan inngås.*

For både kommunen og utbygger vil en slik avklaring være viktig, den kan fjerne den tvilen loven og forarbeidene i dag skaper.

Alternativt kan lovgiver endre på pbl § 17-3 slik at det blir en uttømmende liste over hva som kan avtales i en utbyggingsavtale. Dette vil imidlertid gå ut over mange av de andre hensynene som ligger bak utbyggingsavtaler, og er ikke en god løsning

Adgangen til å inngå intensjonsavtaler vil fortsatt være til stede. Derimot vil ikke utbygger få noen garantier gjennom forhåndsbinding for at avtalen vil bli fulgt opp. Dermed vil utbygger fortsatt ha en risiko for at kommunestyret endrer eller forkaster reguleringsforslaget. Denne risikoen kan ikke elimineres uten at det går på bekostning av svært viktige demokratiske prinsipper.

Likevel er det uheldig at en avtale som Bjørvika-utbyggingsavtalen ikke kunne blitt til etter dagens regler. En så stor utbygging er helt avhengig av å få til avklaringer på et eller annet tidspunkt. Å forvente at utbyggere skal avvente frem til detaljregulering med å få fastsatt noen prinsipper for utbyggingen vil bli for kostbart til at noen vil ta på seg en slik risiko. Da risikerer samfunnet å miste muligheten til store utbygginger der en helhetlig plan til det beste for samfunnet er i hovedfokus. Det bør åpnes for at utbyggingsavtaler lik Bjørvika-utbyggingsavtalen kan inngås på grunnlag av kommuneplanens arealdel eller områderegulering.

Den fremste usikkerheten rundt utbyggingsavtaler er likevel hva som blir den privatrettslige konsekvensen av en utbyggingsavtale. Dette utgjør et stort risikoelement for kommunen ved inngåelse av utbyggingsavtaler. Ikke bare i forhold der kommunen har ment å forhåndsbinde seg, men også i tilfeller der det er gråsoner mellom forhåndsbinding og begrensning av reguleringsmyndigheten som i Bjørvika-utbyggings tilfellet. Det kan også stilles spørsmål om en utbyggingsavtale som blir inngått samtidig med detaljert reguleringsplan, men som forplikter kommunen negativt, f.eks. ikke omregulere området i ettertid. Det vil være en forhåndsbinding som går klar av § 17-4 5. ledd, men ikke de ulovfestede regler for forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet. Vil utbyggingsavtalen være privatrettslig gyldig? Kan i så fall løftemottageren kreve erstatning om kommunen en eller annen gang i fremtiden omregulerer området likevel?

Lovgiver er klar over problemstillingen. I en brevveksling mellom Sivilombudsmannen og Kommunaldepartementet skriver Sivilombudsmannen: *«Departementet bør etter min mening vurdere om det kan være grunn til å utrede hvilke rettsvirkninger det eventuelt er gagnlig at § 17-4 5. ledd har de lege ferenda, for deretter å vurdere bestemmelsens ordlyd.....Hensynet til forutsigbarhet for både kommunen og utbygger kan imidlertid*

*tilsi at bestemmelsens eventuelle rettsvirkninger bør synliggjøres på en klarere måte enn i dag».*<sup>99</sup>

Departementet gir et svar som tyder på at de regner automatisk med at utbyggingsavtalen er privatrettslig ugyldig når den er offentligrettslig ugyldig. Det siste fra departementet er at de *«ikke har funnet anledning til å foreta seg noe når det gjelder plan- og bygningsloven §17-4 siste ledd»*. Departementet sier videre at de vil vurdere problemstillingen i fremtidig gjennomgang av reglene for refusjon eller revisjon av andre bestemmelser i pbl<sup>100</sup>.

Her bør lovgiver gå inn i problematikken og regulere hvorvidt en offentligrettslig avtale må følge de offentligrettslige eller de privatrettslige reglene. En kombinasjonsmulighet mellom offentligrettslige og privatrettslige regler forarbeidene peker på skaper usikkerhet om hvilket regelsett som kan anvendes.

Det er godt mulig ikke denne problemstillingen blir løst før noen ønsker å prøve dette spørsmålet for domstolen.

---

<sup>99</sup> Sivilombudsmannen, brev til Kommunal departementet 31.august 2010. saksnr 2009/2897

<sup>100</sup> Brev fra Kommunaldepartementet til Sivilombudsmannen. 31.mars 2011, saksnr 09/3131-7 KFR

## **7 Kilder og litteratur**

### **Lover:**

Lov av 31. mai 1918 nr 4, avtaleloven

Lov av 10. februar 1967, forvaltningsloven

Lov av 14. juli 1985 nr. 77, plan- og bygningsloven

Lov av 27. juni 2008 nr. 71 plan- og bygningsloven

### **Forskrifter:**

Forskrift 488 av 26. mars 2010, Forskrift om byggesak (byggesaksforskriften)

Forskrift 489 av 26. mars 2010, Forskrift om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift – TEK10)

### **Dommer avsagt av Norges Høyesterett:**

Rt. 1992 s. 1235 – Fiskekvotedommen

Rt. 2007 s. 651

Rt. 2009 s. 354

### **Forarbeider:**

NOU 2003:24	Mer effektiv bygningslovgivning. Grunnprinsipper og veivalg. Utbyggingsavtaler. Bygningslovutvalgets første delutredning.
-------------	---

Ot.prp nr 22 (2004-2005)	Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)
--------------------------	--

### **Rundskriv:**

Rundskriv H-5/02	Miljøverndepartementet og Kommunaldepartementet: Juridiske spørsmål vedrørende utbyggingsavtaler i
------------------	---

tilknytning til  
plan- og byggesaksbehandling m.v.

**Bøker:**

T. Eckhoff og E. Smith 1997

*Forvaltningsrett 6. utgave.* Universitetsforlaget ISBN 82-518-3522-4

T. Eckhoff og E. Smith 2010

*Forvaltningsrett 9. utgave.* Universitetsforlaget ISBN 978-82-15-01614-6

Pedersen 2010

O. J. Pedersen, P. Sandvik, H. Skaaraas, S. Nees og A. Os *Plan- og bygningsrett 2. utgave.* Universitetsforlaget. ISBN 978-82-15-01001-4. Også bok fra samme forfatter: Plan- og bygningsrett m.fl. fra 2000 er nevnt.

Innfjord 2010

Frode A. Innfjord, Plan- og bygningsloven med kommentarer bind 1, Gyldendal ISBN 978-82-05-37238

Woxholt 2012

Geir Woxholt, Avtalerett 8. utgave, Gyldendal ISBN 978-82-05-42288-9

**Lokal forskrift**

Utbyggingsavtaler. Vedtekt til plan- og bygningslovens § 64a, Nes kommune, Akershus

**Sande kommune**

Utbyggingsavtale mellom Nordre Jarlsberg Brygge AS og Sande kommune om utbygging av Nordre Jarlsberg Brygge fra 2005. [www.sande-ve.kommune.no](http://www.sande-ve.kommune.no)

Sak nr 11/706-19 september 2011. GBNR 125/24 - KVERNTANGEN - KLAGE PÅ VEDTAK OM MIDLERTIDIG DISPENSASJON FRA REGULERINGSPLAN FOR NORDRE JARLSBERG BRYGGE

**Oslo kommune**

Byrådssak 138/03	Byutvikling i Bjørvika – Bispevika- Lohavn – Reguleringsplan – Sentrum, Bydel Gamle Oslo og Bydel Ekeberg – Bekkelaget.
Byrådssak 207/03	Bjørvika – Utbyggingsavtale
Metier:	Holmenkollen nasjonalanlegg. Kvalitetssikring av prosjekt 14. aug 2009
Oslo bystyre sak 54/08	Bjørvika, Barcode-reguleringssaken
<b>Sivilombudsmannen</b>	
Sak 2007/2262	Inngåelse av utbyggingsavtale før vedtakelse av reguleringsplan samt privat finansiering av saksbehandlingen
<b>Brev</b>	
Referanse nr 2009/2897	Sivilombudsmannen brev til Kommunal departementet 31.august 2010
Referanse nr 09/3131-4 KFR	Brev fra Kommunaldepartementet 25. juni 2010, til Sivilombudsmannen
<b>Artikler</b>	
Jussens venner	Nr 05-06, 2004, Helge Morten Svarva og Jørn Terje Kristensen. Kommentar til Johan Greger Aulstads artikkel i JV, hefte 2/2004 - Særlig om utbygningsavtaler
Jussens venner	nr. 2 2004. Jon Greger Aulstad <i>Saksbehandling og omgjøring av avtaler som er enkeltvedtak</i>